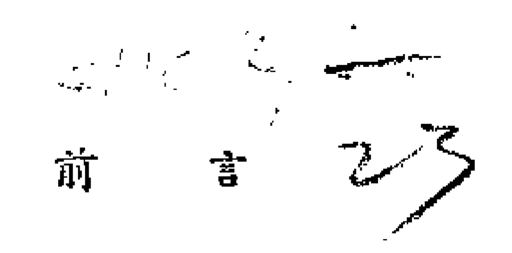


前　言

（一）国际法史，一般应包括学说史及规范史两部分。但中外国际法史著作相沿成习，一般均以学说史为主体，独立成篇，规范史则付阙如。如三十年代我国刘达人著《国际法发展史》、四十年代努斯鲍姆著《简明国际法史》(Nussbaum, Concise Hisfory of Law of Nations, 1945)以及六十年代列汶著《国际法史》（Левин,История Права Международного, 1962），均为上述体例之专著。本书内容亦限于学说史，为区别于规范史记，故命名《国际法学史》，唯理论体系自有特点，故名《新论》。

（二）本书在编排上，除马列主义经典著作之引文加脚注以资醒目外，其余学术著作引文出处均在正文中以括号注明，以省读者翻检之劳；凡重要之外国人名及著作初次出现时，均附原文，以避免国内译名不统一可能引起之误解；

（三）国际法史目前在我国研究者寥寥，但以其重要性而论，是应予扶植发展的课题之一。本书虽多年用作大学教材，几经增删，历时近十载，但错讹之处，在所难免，欢迎读者提出宝贵意见，以便再版时考虑修订。

目　　录

概　说

本书将传统国际法学史分成三个阶段论述：一、神权阶段，二、自然法学派阶段，三、实在法学派阶段。传统国际法是为“大国意志”所主宰的，而“大国意志”的极端形态就是“世界霸权”。在神权阶段，在探讨国际法“起因”的同时，根据确凿的史料，利用辩证唯物主义和历史唯物主义的分析方法，我们确认历史上出现过两次“世界霸权”的时代：一个是奴隶制“世界霸权”，一个是封建性“世界霸权”。前者就是奥古斯都（Augustus，前63—后64）建立的罗马帝国，鼎盛于公元二—五世纪。罗马皇帝安东尼（Emperor Antonius，107—161）就说过：“朕确为世界之主宰”（Ego quidem mundi dominus。《法学汇编》，Digest，14，2，9），恩格斯也曾评述过：“罗马的世界霸权的刨子，刨削地中海盆地的所有地区已经有数百年之久。”①但罗马帝国于476年毁于蛮族的进攻。一窝蜂倾巢来犯的西哥德人，以武器的批判代替了批判的武器，随着土地所有制的变革，帝国霸业的根基就塌方了、倒台了、消失了。这就是为什么理论上的斗争，在对罗马帝国世界霸权的批判上，历史上没有留下象对罗马教皇世界霸权那样丰富的学术遗产的

① 《马克思恩格斯选集》第4卷，第144页。

缘故。后者就是格列高利七世(Gregory Ⅶ，1020—1085)肇其端并由英诺森三世（Innocent Ⅲ，1160(？)—1216)“两把剑”的学说登其极的罗马教皇的“世界霸权”，鼎兴于十一至十三世纪。“世界霸权”的法律后果之一就是世界普遍法制的建立。世界法制是不需要国际法的，因此在这两个时期国际法的发展停滞下来，国际法的作用也归于泯灭。从“起因”上来说，这些“世界霸权”，无不以“神权”为依据，它们与犹太教、伊斯兰教和天主教都有过依存关系，自1045年教会正式分裂，拜占庭自称东正教，偏处一隅，天主教的罗马教廷遂成为“世界霸权”的掌握者。

罗马教皇的“世界霸权”具有四个法律特征（见本书第50页—57页),这就形成了教皇垄断僧俗两界精神与物质权利的太上皇地位。教会垄断一切，圣经定于一尊。后来资本主义势力开始萌动，具体的触发事件就是两个大发现——天文大发现和地理大发现：地球将“宇宙中心”让位给太阳，变成无垠中的一粒微尘；新大陆的发现给欧洲人带来掠夺致富、经商发财的无限美妙的前景，也就是地球缩小了，而世界扩大了，人们也变得眼界开阔而利欲熏心了。这时候，“反霸”的呐喊与呼号便从“顺应时尚”的法学家群中迸发了出来：“教皇不是世界的主宰！”“皇帝不是世界的至尊！”加上资产阶级的各种历史变革，神权统治摇摇欲坠，以神权为基石的封建性“世界霸权”也就失去依托、土崩瓦解了。这就是人类“反霸”学说史的粗浅概述。

以上讲了历史上“霸权”与神权的不解之缘，此外，在国际法的“起因”上，我们还要提到两个因素：一个是国际战场，一个是国际市场。西方国际法史对此并不分别论述，

而是胡子眉毛一把抓，将国际法统称为“基督教文明的产物”。苏联方面则只提国际法是随着剥削与被剥削阶级的形成而产生的。但国内法与国际法的产生毕竟不是一码事。西方百提不厌的那个“基督教”，不正是后来罗马教皇一手包办的天主教么？不正是导致国际法化为乌有、迹匿声销的“世界霸权”么？前面已经提到，早期国际法与犹太教、伊斯兰教等都有过依存关系，而早期基督教对国际法的实质贡献居于前二者之下，这又如何能说国际法是“基督教文明的产物”呢？这种“西方中心论”，认真点说，是否也有点“霸道”呢？这是我们的“法史”应列举史实并从法理上予以澄清的。

就古代战争频繁而残酷的史实来说，其源盖在于战争的原因是掠夺战俘。由于征战的频繁，再加宗教鼓吹的战神鼓捣其间（雅赫威也好、耶和华也好、安拉也好，他们都远非大慈大悲的万能之主，The Almighty，而是声威赫赫的万军之王，Lord of hosts），到罗马时代甚至出现了随军收购战俘的大奴隶主，战争也就达到空前酷烈的程度。但战争与和平是相互转化、相生相克的一对客观存在的矛盾，战争终究要以和平结束，久而久之，约定俗成，就产生了专司宣战、议和与缔约的祭司团法（Jus fetiles）。这就是说国际法（战时法）的第一座摇篮是国际战场。另一方面，罗马这座“永恒之城”，以国力较强盛、政局较稳定，吸引了大批“客户”（peregrins）前来经商，大多数来自东方（Levant，地中海东部），所谓“条条大路通罗马”就是指这件事的。适应这种五方杂处、国籍驳杂的情况，调处国际商务关系的“万民法”（Jus gentium）乃应运而生。“万民法”是吸收了东

方法制以弥补罗马民法之不足的，对万民法的实质分析，有众多的学派值得介绍。我们可以断言的是，国际法（和平法）的第一座温床是国际市场。这就是我们对国际法（包括战争法与和平法）"起点"的论断。总起来说，国际法的平时法产生于国际市场，战时法则产生于国际战场。关于中国古代国际法的问题，亦应专节论述。

代替国际法神权基础的，是发端于古希腊罗马、沉沦于中世纪、而经文艺复兴运动所再现的"自然法"体系。倡言这个体系的"自然法学派"，一般是指以中世纪反霸旗手西班牙法学家维多利亚（F.Victoria，C.1483—1645）及其同时代人邵列支（F.Suarez，1548—1617）和意大利法学家贞提利（Gentili，1552—1608）为先驱，以荷兰法学家格劳秀斯（H.Grotius，1583—1645）为代表，而以德国法学家普芬道夫（Puffendorf,1632—1694）为极端人物的一个学派，此外还要提到论述"人对人是狼"的英国法学家霍布斯（Hobbes，1588—1679）、提倡"世界国家"（Civitas maximamus）的普鲁士法学家沃尔夫（Wolf,1679—1754）以及在美国独立后深受欢迎的瑞士法学家瓦特尔（Vattel,1714—1769）。在介绍这个学派的时候，我们首先要指出其兴起的历史条件及其所承担的历史任务，然后对他们的学说根据原著专题论述，而非一笔带过，尤应强调的是，各家的"国际法定义"要突出介绍。重点人物当然是格劳秀斯。这是因为出身于十六世纪初的格劳秀斯，处于封建制度向资本主义制度过渡的转折关头，他既从先驱者们那里承袭了"自然法"的精华，又反映了下一个时代的要求，史称他具有折衷派的立场，实质上他是一个承上启下、继往开来

的人物。他的巨著既震荡着古代学说的回声，又激荡着新时代学说的先声，不愧是文艺复兴时代出现的热情的、精力充沛的、富有远见的一代法学大师。但称格氏为“国际法之父”，这是割裂历史的溢美之词，实事求是的提法，应称他为“近代国际法的奠基人”（参见拙著《近代国际法的奠基人——格劳秀斯》，商务印书馆，1984年8月第1次印刷）。在介绍这个学派的结束处，也要指出这个学说的不可克服的致命伤。美国法学家司各特（Scott，1866—1943）斥这个学派为“以不知何所指的语言在谈论不知为何物的东西”，不免失之偏激；苏联有的法学家（如Левин)斥之为“必然通向神学”，征诸史实，亦欠公允。我们必须以辩证唯物主义与历史唯物主义为根据，对这个人才辈出、绵延三百多年（十五至十九世纪）的学派作出科学的论断。

继“自然法学派”而兴起的，是“实在法学派”，一如“自然法学派”之强调“自然理性”一样，“实在法学派”强调国家间的“共同意志”。从法的现象上来看，国家主权的最终确立所引起的条约数量的剧增，是“实在法学派”提出“共同意志”的依据。笔者在拙文《国际法史的科学性、实用性与战斗性》（上海市法学会1983年《年会论文选》）中曾指出在十七、十八世纪，“不论是封建王朝的西班牙、葡萄牙、法国也好，还是资产阶级初次登台献演的荷兰和英国也好，即不论它们的国体和政体如何，也不论它们对国内人民剥削的程度如何，统统参加过或正在参加着对亚非拉的军事占领和经济剥削。这个铁案如山的血腥事实是无法用它们在国内‘休养生息’、增加‘福利’的任何政策加以掩盖和涂抹的。反过来说，它们国内的‘繁荣’正是它们对

外扩张侵略的结果。这就是说，一个国家的国体与政体，从国际法的角度来看，同它们在国际关系中的表演不是一码事。国际法既是规定国家间行为的法律规范，着眼点就在于、也仅仅在于一个国家或国家集团在国际事务中所扮演的角色。而区分这种角色的本质标志，就在于它们是否参加国际剥削。从历史乃至现实的国际关系来看，我们断定，世界上确实存在过、至今也仍然存在着一个国际剥削阶级。”这段话的要点，在于从国际关系的高度来观察国家的作为，从剥削与被剥削这种最本质、最原始的阶级区分，对国际社会中国家的地位作了分析。我们的结论是，在传统国际法的制定上，实在法学派所标榜的“共同意志”，无非是国际剥削阶级为了资本的利益而进行的一种内以统一步调外以掠夺世界的“串谋”罢了。然而“实在法学派”作家们中间不乏货真价实的“人道主义者”，他们的著作也都洋溢着一股资产阶级人道主义的气息，但是这种气息毕竟淹没在窒人呼吸的“战争权”的鼓吹里了。我们很少发现对“战争权”的彻底否定者，很少发现对殖民制度的彻底批判者，很少发现对“大国意志”实质的彻底揭发者——这一情况以十九世纪最为明显。“实在法学派”大师，远的如卓奇（Zouch，1590—1661）、宾克萧克（Bynkshoeck，1673—1743）、摩塞尔（Moser，1701—1785），十九世纪的如赫夫特（Hefter，1796—1880）、霍尔（Hall，1835—1894）、华吞(Wharton，1820—1889)，国际法否定派的奥斯汀（Austin，1770—1859），最近的如斐利莫尔（Phiuimore，1845—1929），又如资产阶级经典法学家奥本海（Oppenheim，1858—1919)等，他们的贡献是在系统性、资料性方面日益精进，新胜于旧，但总的说

来，是资产阶级法学思想的成熟过程，而不是国际法问题真正解决的历程，由于这个学派接近于现代，但仍为不失为传统国际法的组成部分，我们也要用一定篇幅加以介绍，但不象对“自然法学派”那么綦详就是了。由于我们的“法史”不可避免也要对现代各种国际法学说有所接触，但又不能对传统国际法这个主题有所偏离，关于现代国际法五花八门、杂然纷呈的众多学说流派，势难照顾周到，妥善安排。笔者的意见是与其陷入这个扑朔迷离的“迷魂阵”，不如对有影响的现代“国际法定义”加以引证评述，这是因为“定义”能将各家学说落到实处。例如美国百科全书（1977）的“定义”就含有“世界政府”这种弦外之音；而苏联维辛斯基的定义和童京（Тункин）的定义在“阶级性”有无方面的严重分歧，就是苏联国际法学说巨大变化的标志。对这些定义的评述，较之对什么“纯粹法理学派”、“社会联带学派”等不着边际的议论多费笔墨，倒是更便于使《法史》的写作也落到实处的。我们的《法史》自公元二世纪乌尔庇安的定义直到我国法学前辈周鲠老的定义评价不下三十例。在全书的结尾，提出“传统国际法定义”的标准问题，使广大学人有个思索探讨的回旋余地，借以活跃思想，以求有利于独立思考能力的培养。以上就是本书内容的概说。



国际法学史新论

国际法学史的内容就是国际法的理论发展史。

孟德斯鸠（Montesquieu，1689—1755）说："所有的民族，即使是把战俘吃掉的易洛魁（Iroquois）人，也有着'国际法'"（参见中译本《论法的精神》上册，商务，1956，第6页）。确证这种情况的存在的，是摩根(Morgan，1818—1881）所著《古代社会》（Ancient Society，1877，N. Y. pp.137—140）一书，其中介绍了北美易洛魁人和邻族间的交往，他们互派携带"和平枝"的使节，共抽一袋"和平烟"，甚至作为"信物"，互赠一串"贝壳念珠"。这些史实透露给我们的信息是，原始人类一方面从事战争，另一方面也追求和向往和平。但是孟德斯鸠氏把国家间行为规范的国际法用于原始部落的易洛魁人间的关系，显然不够切贴；尽管如此，倒也说明原始部落间在互通使节和维护和平关系方面，是有着带规律性的东西的。

在人类历史上，随着氏族制度的解体和奴隶制社会的逐步形成，尼罗河畔和两河流域涌现出许多小的城邦，早期的国际社会得以形成，初步的国际法规范也就应运而生。拉丁谚语说："有社会必有法"，从阶级社会来理解，亦颇允当。奴隶制社会的经济基础是剥削奴隶。掠夺奴隶的战争此起彼伏，"战争法"成为早期国际间最为突出的问题。又由于宗

教在战争中推波助澜，早期国际法的理论与神权结下不解之缘。这个现象一直持续到封建制度占统治地位的中世纪，其典型形态表现为中世纪罗马教皇的“世界霸权”。到16世纪和17世纪之交，随着资本主义的萌动，“自然法”思想日益抬头，国际法理论中掀起了反神权的巨大浪潮，从而奠定了以“自然理性”为核心的自然法学派的地位，历时三百年之久。到资本主义趋于成熟以后，国际交往愈益密切，国际组织也日益增多，适应于重实验的自然科学的发展，国际法也开始了从纯思辩的学科向重实践的学科的变革，于是出现了一直占着主导地位的实在法学派的理论。这个理论的核心是重视国际条约和国际习惯，奉之为国际法的主要渊源。在这个时代的后期，尽管五花八门的现代流派杂然纷呈，但是代表帝国主义、殖民主义和霸权主义的利益，则是它们万变不离其宗的主旨。历史上这种体现“大国意志”的国际法，我们统称之为传统国际法。第二次世界大战以后，社会主义的继续胜利和第三世界的崛起，开拓了国际法发展的新纪元，体现小国利益的许多新的规范大量涌现，对以“大国意志”为主导的传统国际法提出了实质性的挑战。国际法的发展正酝酿着一个新的飞跃。崭新的、保障第三世界和平发展的国际法正如旭日东升，必将造福于人类子孙万代，这就是现代国际法。国际法学史是一般国际法史论著主要的甚至唯一的组成部分。本书专论传统学说史的发展，现就前述三章〔第一章，神权阶段（奴隶制及封建制时代）；第二章，“自然法学派”阶段（早期资本主义时代）；第三章，“实在法学派”阶段（资本主义及帝国主义时代）〕顺序论述如下：

第一章 神权阶段

宗教，这个初民的精神寄托，原是人类对大自然现象无知与无能的心理状态的反映，起初它是采取“拜物教”的形态；但是等到生产力有了发展，阶级分化出现以后，剥削阶级使用之为实现统治的精神工具，于是神权便渗透到当时人类生活的全过程和全领域，成为社会上层建筑的核心支柱。神权的势力对人类行为支配的范围之广、时间之长与作用之大，象梦魇一样重压在人类的历史上，而以中世纪罗马教皇的世界霸权为顶峰，鼓捣宗教狂热之最重要的杠杆莫过于战争。早期的国际法正是产生于战争的。直到十七世纪以前国际法作品，一概以战争法为主要的甚至唯一的内容，就是这一现象的雄辩的证明。例如中世纪所标榜的“战争法”，无非是所谓“神的休战制度”，即自星期四日没至星期一拂晓以及其他斋期圣节均不得作战，以示对神明的忌讳；而罗马教皇的“世界霸权”的法律特征无不与神权有关。因此，我们认为在国际法学史上是存在过一个神权阶段的。

国际法的起因

一般国际法教科书开宗明义都要讲到国际法的渊源，但都不讲国际法的起因。《奥本海国际法》区分了渊源和起因，并以“一股水”为例，说“这个渊源不是那股水存在的起因”（中译本，北京，1954，第十五页：“渊源和

起因的区别”）。国际法除渊源之外，是存在一个“起因”问题的。一般国际法教科书是讲国际法的实体规范的，所以要讲渊源问题，借以论证各规范赖以建立的基础，也就是对这些规范取得法律效果的原因予以阐明，这样来使人了解国际法存在的依据。然而国际法史却与此不同，它是以国际法从无到有、从简到繁、从粗到精的发展过程为对象的，它的任务应该是把国际法的起因列为探索的起点，以辩证唯物主义和历史唯物主义为指导，结合国际关系史，对国际法本身产生、演化和定型的全过程作出科学的而非臆断的、求实的而非虚构的解释。

在这个问题上，资产阶级国际法学界有三种看法：一是认为国际法是中世纪西欧中央集权政府形成时期的产物。主张这种理论的人〔如英国的奥本海（1858—1919）、德国的李斯特（Liszt，1851—1919）和俄国的扎哈罗夫（Захаров）〕“把资产阶级国际法产生的起因，冒充为一般国际法的起因”。其中个别人认为国际法是1648年威斯特伐里亚和约的产物，或者认为是由格劳秀斯(Grotius，1583—1645)《战争与和平法三卷集》建立的。另一派资产阶级法学家〔象德国法学家赫夫特（Hefter，1796—1880）、俄国法学家马尔兼斯（Мартенс，1845—1909）和塔乌伯(Таубе)〕把国际法的产生和基督教的传播联系起来，并认为国际法产生于中世纪。第三派人物〔象比利时法学家里维埃(Rivier，1835—1898）〕则将国际法的产生解释为“个性”概念的表现，并认为如同这个概念一样，国际法在古代社会早产生了，但在古代东方国家是没有国际法的（参见列汶：《国际法史》Левин，История Международного Права，1962，

Москва, стр. 3）。以上这些学者的论点，就史实和理论来说，不是臆断的就是虚构的，是谈不上科学态度和求实精神的。

苏联国际法学家〔如上面引用的列汶（Левин）〕，在国际法的起因上，则是照搬马列主义的国家学说，仅止于指出国际法是随着氏族制度瓦解、阶级分化和国家出现而产生的。一般地说，这个论点在国家论上是不错的，但是把国际社会等同于国家，会在许多问题上陷入困境。例如在统治阶级和被统治阶级、专政机构职权之建立与行使、集权与分权的关系等问题上，都有着难以讲清的地方。我们认为国际法确实是随着主权国家的建立而产生的，但是国际法的起因却不同于国内法的起因。这是因为国际社会内部的相互关系和利害冲突决定了作为国际关系准则的国际法的特点，远非国内法所能比拟。

然而国际社会的关系尽管复杂多变，也不外战争与和平这两个范畴。在剥削制度存续的时代，征战频繁，长年不休。与此同时，谋求和平的努力也寓于战争之中。人类文明的长进，正是在这个矛盾的统一中形成的。在我们从事国际法起因的探索中，我们肯定战争与人类文化同步生长这个严峻的事实，同时我们也断言和平是人类文化不断充实的标志。总起来说，本书认为国际战场是国际法的第一个摇篮，而国际市场是国际法的第一座温床，二者是相生相克、相反相成的。国际法就是在战争与和平、生存与死亡、繁荣与凋蔽这一对对客观矛盾的斗争中哇哇坠地的。下文将从“国际战场”与“国际市场”两方面进行论述。

一、古代战争与国际法

恩格斯说，把战俘当作奴役对象，是人类社会阶级关系形成的根本途径之一。① 这是科学的历史定论。从国际法方面来说，美国最高法院1825年在涉及国际法的案件"安提洛普"号（The Antelope)的判词中指出，把战俘当作奴隶就是最古老的国际法。这个提法对历史真象可谓巧合。这些都说明战争在国际法形成过程中的作用。现根据史料论述如下：

古代社会除牲畜及茫茫原野外，社会生产力的唯一体现者是人的体力，人类第一个阶级社会就是以人对人的直接占有和牲畜般奴役为基础的奴隶制国家，人类历史自此开始了剥削、奴役、战乱、征伐的血与火的记载。占有奴隶和蕃殖奴隶是奴隶主维持统治和扩大统治的唯一途径。来源最广的奴隶是战俘。掠夺战俘的战争备极残酷，史不绝书。世界文明古国——中国的情况下有专节论列。以古埃及而论，古埃及语中"战俘"一词的直译是"活着的被杀死的人"，意思是说，他们理当处死，只是为了供奴役使唤才活了下来。埃及古王国（约前2615—2125）第四王朝法老斯尼弗鲁，曾以修建金字塔扬名于史，他对尼斯人的一次战争，"获男女俘虏七千，大小牲畜共二十万头"〔《巴勒莫石碑》（Palermo stone），此乃埃及古碑，今存于西西里岛上巴勒莫城博物馆，故名。〕。埃及中王国时期（约前1900—1786）曾多次远征，法老辛努古特三世（前1887—1849）曾有这样的论述："他被派去摧毁一些国家，打败德赫奴国的居民。他去到那

① 《马克思恩格斯全集》卷20，第196页。

里带回了不计其数的利比亚人、德赫人战俘和各种牲畜。”新王国时期（约前1570—332），法老图特摩斯三世的远征曾掳获奴隶数十万和无数财宝；据孟斐斯的铭文（1942年发现）记载，法老阿蒙霍普特二世对巴勒斯坦进行了大规模掠夺性的远征，埃及军队在那里掳获战俘十万一千多人和无数财物。赫梯（Hitti）帝国情况也一样。穆尔舒尔二世（约前1340年）在其编年纪中有这样的记载："当我征服了阿尔察瓦全国后，我，也就是'太阳'，把战俘6万6千人带回了王宫。”古代印度孔雀王朝的阿育王（Asoka，约前273—332）征服羯陵伽（今奥里萨）时，俘虏十五万人，屠杀十万人。古印度教仪式的演变，即将战俘熏烤致死以献祭于火神阿耆尼的名为"雅吉那”的敬神仪式，逐渐废弃，而代以兽类的牺牲，从而保留战俘以供奴役，这也说明战俘在古印度奴隶制中的作用。再看看罗马古典奴隶制的情况。罗马奴隶制有一个特点，大奴隶主商人随军收购战俘为奴。例如公元前147年镇压希腊起义时，埃皮鲁斯（Epirus）地区十五万居民被收购为奴；在汉尼拔（前247—183或182年）的远征中，意大利中部首富之城卡普亚（Capna）与汉尼拔结盟（前216年）进军罗马未遂，罗马收复该城后，除处死几十名著名公民外，土地充公，居民均被收购为奴。凡此足见，掠夺战俘是古代社会战事频繁、征伐不休的一大原因。希哲柏拉图（Plato 前427—347）曾说，战争是国家间的常态，和平是一种堕落。柏氏后半句话把好战说成人类的天性，乐此不疲，视同儿戏，显然是唯心史观的反映，但前半句话还是反映了古代社会的一个特征的。

战争是古代国际关系的常态，但战争毕竟要以和平结

束，尽管这种和平是不牢靠的，只能维持国家间暂时的均势，到一定时候仍要诉诸武力，然而和平毕竟还是建立了。试以古埃及与赫梯帝国为例。这两大霸国间进行过一场长达十六年的战争，在著名的卡叠什高地之役（前1312年）后，进攻的埃军损兵折将，废然回师，事隔多年，再度兴兵，才迫使赫梯王哈图希里二世屈服，终于在前1280年签订了和约。这是人类最早的和约之一，埃及文石刻的文书在埃及保留至今。它与现代同类的文书颇为相近，因此也传出了人类文明进程的脚步声。

当然这个条约和其他的仲裁条约还谈不上就是国际法，因为国际法必须涉及某些原则的普遍同意，不管这些原则是法律的、道德的还是宗教的性质。古代社会还不足以语此。武力才是决定一切的力量。正是武力的持续使用，到古希腊罗马城邦时代，对战争的开始、进行与结束，特别是和约缔结的仪式及其内容，城邦社会逐渐形成一些共同遵守的习惯和模式，久而久之，约定俗成，于是就发展成具有一定拘束力与强制性的法律规范，正如同习惯法（Common law）的产生过程一样。而对这种习惯规范的违犯，其制裁形式也仍然是战争。这就使战争在国际法的形成过程中起了决定性的作用。

古代唯物主义大师、以弗所的赫拉克利特(Herakleitos of Ephesus，约前540—前480与470之间)宣称，"战争是万物之父，也是万物之王，它使某些人沦为奴隶，某些人变为自由民。"他还说，"我们必须知道战争对所有的人都是共同的，而斗争就是正义，所有的事物都是通过斗争和必然性而产生的。"〔转引自罗素，《西方哲学史》（Russel，History of

western philosophy, London,1947,pp 60—61)〕。赫氏对战争的肯定和推崇，用之于国际法的起因是颇中肯綮的。

二、古代宗教与战争法

俗称国际法“鼻祖”的雨果·格劳秀斯（Hugo Grotius, 1583—1645）在《战争与和平法三卷集》（De Jure Belli ac pacis libri Tri, 1625）“序言”（Prolegomenon）第12节中指出，“Jus”（法）一词系源于“Jove”（主神），这是对法与宗教关系的简要的提示。现根据史料阐述如下：

原始宗教是氏族神或部落神的宗教，是一种崇拜自然祖先、灵物和图腾的“自然宗教”。国家形成后，“自然宗教”里注入了统治阶级的意志，“自然宗教”就一变而为“人为宗教”。统治阶级通过神的中介，鼓动战争狂热，这也是“人为宗教”的一大妙用。犹太教“旧约”里就有着赤裸裸的记载。《申命记》第七章第一节里写道“耶和华你神领你进入安得为业之地，从你面前赶走许多国民，那是赫人、亚麻利人、迦南人、比利先人、希米人、那布斯人，共七国的民……，神将他们交给你击杀，那时你要将他们灭绝净尽，”在第九章第一节里说：“以色列呵，你当听，你今日要过约旦河，进去赶出比你强大的国民……那是亚衲族人……你今天当知道，耶和华你的上帝在你面前过去，如同烈火，要灭绝他们，将他们制伏在你面前，这样你就要照耶和华所说的赶出他们，使他们速速灭亡”；《撒母耳记下》第八章第一和第三节中说，大卫攻打非利士人，并俘虏了琐巴王利合之子哈大底谢马兵一千七百、步兵二万，杀了亚兰人二万二千；《列王记下》第十九章第三十五节说，耶和华

派使者出去，在亚述营中一夜之间杀人十八万五千。著名的德波拉之歌（Songs of Deborah），就是献给耶和华的（《旧约·士师记》第5章第4节）。这分明是一首战歌：

“耶和华啊，
你从西珥出来，由以东地行走，
那时地震天漏，云也落雨，
山见耶和华的面就震动，
西奈山见耶和华以色列王帝的面，
也是如此。”

这就是出身沙漠地带、远较西奈半岛以北的迦南人落后的以色列人得以进据迦南的一个动力。以色列人的雅赫威（Jahwch）远非大慈大悲的“万能之主”，他乃是以色列人的“万军之王”（lord of hosts），是以色列人的一个战神。

伊斯兰教《古兰经》倡言“圣战”（志哈德），其中宣布了杀死“异教徒”（47.4）和为“主道”而战斗(2.245)的训令。手持武器传教是贝督因人义不容辞的神圣天职。为传播真主的教义、实现先知的“神启”而阵亡的人可以升入天堂。先知穆罕默德自公元622年（伊斯兰教纪元）从麦加“迁徙”（希吉勒）到麦地那至去世（632年）的后期生活，主要是打仗、从政而不是和平地宏扬教义的生活。麦加人对他的冷遇使他怀恨在心。其后击袭麦加商队的战斗时有所闻，其中包括“斋月”进行的巴德尔之役，并于630年1月亲率万人大军进军麦加。《古兰经》是禁止在斋月作战的（2.217），一年之中有四个月，麦加城克尔白寺(Kaaba)附近也不得作战。但是由于战争的需要，穆罕默德以“神

启”的名义宣称，对偶像崇拜者的战争在任何时候、任何地点都是合法的。他朝拜克尔白神庙时，念念有词地说："除了安拉外没有上帝。是安拉保佑它的仆从并赞扬它的部队。只有它才击溃了联军。”这就表白了“真主”与战争的关系。

由此可见，古代征服者的剑都闪耀着神权的眩目光芒。雅赫威也好，安拉也好，都是声威赫赫的战神，尽管它们还有其他属性，但在奴隶主的“人为宗教”的教义中，它们在战时无庸讳言都是煽动者、指挥者甚至是“组织者”。

（a）多神教与战争法

多神教是氏族神或部落神的普遍形式。埃及早期王朝时代国王的头衔中往往包括树蜂、鹰蛇、荷霍斯、塞特等称号和标志，就是作为氏族部落的图腾继承下来的。“万物有灵”是古代人类宗教思想的特征。神灵世界也幻化成多元的形态。神的高下等级正是剥削阶级等级制度的反映。多神教在战争中的表现可简述于下：

（一）诸神本质上都是战神，在战争中也参加各自一方士兵的战列。荷马（Homeros，约前九一八世纪）在描写特洛伊（Troy）战争的史诗《伊利亚特》（Iliad）中，曾写到分别支持雅典人和特洛伊人不同诸神的搏斗。当雅典受挫时，国王曾把他的女儿献祭于生气的神明，乞求他的福佑。早期罗马史上，“两面神”（Janus）的神殿战时开放，平时关闭。关闭——这是难得的——表示神明是城市的守护神，应该虔诚地留在国境之内，以保平安。开放则表示让诸神出来助战。凡此都表示战争是在众神的支配下进行的。

（二）在战争中各方也祈求对方的诸神以示笼络。罗马

人不仅祈求罗马诸神如“两面神”、朱庇特神、男战神(Mars)和女战神(Bellon)的福佑，也祈求那些主宰敌人的诸神，请他们离开原来的部队，参加自己的战列。在对待战败一方的诸神方面，也实行“战胜者的权利”，在把它们迎进自己的万神殿后，要加上特殊的标志，以表示他们从属于征服者的诸神的卑微地位。

（三）和约的缔结是一种宗教行为，要以诸神的名义保证。人类保留下来的第一个条约，是前3100年的拉戛施—乌马条约（Treaty of Lagash—Umma），石刻的苏美尔文文本，于本世纪初发现。这个条约是苏美尔人在巴比伦和埃及土著在埃及所建立的部落小城邦，为组织这些独立城邦间相互关系的最初的尝试。在拉戛施王恩特门纳的一个锥形物上，记载着确定拉戛什和乌马两城间边界的条约。这些城邦的国王将邻城基什（Kish）的国王选作他们的仲裁人。这是值得大书一笔的。尤其引人注目的，是它的宗教保证条款。战败的乌马人以六、七个苏美尔最有威势的神的名义起誓，尊重用壕沟和界石标志之边界的不可侵犯性。此后约隔了二千年，出现了许多保留在陶板和石碑上的条约，其中包括埃及王拉姆西斯二世和赫梯王哈图西里二世所缔结的盟约，其最后一条的“保证条款”是所谓“宗教保证”：“由一千个男神和女神作证”。违约者将遭天谴。这些都说明多神教对早期国际法形成过程的影响。

古希腊史学家修昔底德（Thucydides，前460—400）论强者欺凌弱者时曾说，我们并不害怕诸神的审判，因为我们干的事并不稀奇。我们知道人类根据他们本性的法则，只要有机会打仗就会打仗。这个法则并不是我们制定的，我们

也不是第一个遵守它的人——这是以人的“本性法则”对“多神教”战争观的唯心论辩解。古罗马史学家波里比阿（Polybius，前200—119）也曾说，别人谴责的东西——对诸神的迷信的恐怖，在我看正是罗马国家的主要支柱。这是从唯心论的国家观对多神教的肯定。

(b) 一神教与战争法

随着统一的王权的兴起，多神教也开始了向一神教的转化过程。作为基督教和伊斯兰教之先驱的犹太教，就是由游牧部落和异族的多神教逐步演化而最后形成民族宗教的一神教的。佛教的佛陀本人变成了超越一切天神的主神。一神教系由多神教转化而来的，它正反映了奴隶制的君主代替部落贵族的集权过程。

犹太教、基督教和伊斯兰教都是一种神启的宗教。三者全都自命为唯一真正的宗教，自封为最后的宗教，并且自信终必成为普遍的宗教。在它们当中，“普遍宗教”这一理想都取得了政治形式。拿犹太教来说，以真主的名义统治世界各国的梦想，确实没有变成历史事实的机会，甚至可以说未曾一试。但是拿基督教和伊斯兰教来说，作为宗教之体现的帝国概念统治了数百年的历史，而无情的征战使它们得到信仰胜利的荣光。只要它们相信自己是真正的宗教，最后的“普遍宗教”的信仰就会持续下来，而它们就一定会以各种方式来达到“普遍宗教”的目标。这就为伊斯兰教和天主教中世纪的“神权政治”（Theocracy）和“霸权”（Hegemony）铺平了道路。

现在我们谈谈这三种一神教与国际法的关系，其中还要穿插一下“自然法”思想的崛起。

（1）犹太教与战争法

（一）约在公元前1100年，“先知”萨母尔（Samucl）创立了实行政教分离的以色列王国。犹太教自此不将国王尊奉为神，先知也不执政。法律由先知制定，因为法律来自神明的“启示”，“启示”的体现者是先知而不是国王。可见立法权掌握在先知之手，行政权掌握在俗王之手。犹太教可以说是一种“政教分离”的宗教。但在民族关系中，古犹太人自封“上帝的选民”，在信徒们和受割礼者中间保持一种贵族政治。他们不和信仰不同的民族一起吃喝，一起从事任何日常工作，甚至不作任何交谈。这种民族的封闭性形成古犹太教孤立于民族社会之外的局面，这就是古犹太教不能广为传播的一个内在因素。

（二）古犹太教的战争法规范都载在《旧约》里。《申命记》规定说：“你临近一座城市要攻打的时候，先要对城里的民宣告和睦的话”（第20章第10节）；还规定不得屠杀妇女和孩子（同章第14节）并不得毁坏果园（同章第19节）。在入伍的人方面也有规定，如“谁建造房屋，尚未奉献，他可以回家去，恐怕他阵亡，别人去奉献。谁种葡萄园，尚未用所结的果子，他可以回家去，恐怕他阵亡，别人去用。谁聘定了妻，尚未迎娶，他可以回家去，恐怕他阵亡，别人去娶”（同章第5—7节）。《民数记》中记载，经摩西亚伦和以色列十二首领点数的二十岁以上能打仗的以色列人总数为六十万三千五百五十人。为了维护原始的生产力，就产生了这样的战争法。这些规范曾得到17世纪英国著名法学家塞尔顿（Selden，1584—1654）的好评，他甚至说古犹太人没有侵犯过别人，他们只是为了保卫自己的宗教与国家而战。

塞氏这些话显然是夸大了的。

（三）犹太教规定安息日不得作战。因为安息日是献奉给上帝的日子，“凡干犯这日子的，必要把他治死。”（《出埃及记》第31章第14节）。这条戒律在战事频繁的古代，曾给犹太人带来巨大的灾难。圣城耶路撒冷于前586年陷于新巴比伦王尼布甲尼撒（Nebuchiadnezzar，前604—560），遭致四十八年之久的“巴比伦囚虏”，被俘前往的犹太壮年人一万八千，其余有的被杀害，有的南逃，直到波斯王居鲁士（Cyrus，约前600——前529）才解除囚禁，重建被毁一空的耶路撒冷城。后又于公元64年和135年两陷于罗马人之手。犹太人在安息日不去摧毁庞培（Pompeius前106—48）攻城的战车，为陷于罗马人的主要原因之一。遭致此后若干世纪的“欧洲散居”。在散居期间，即使只有小股犹太人定居的地方，也设有犹太教堂，每逢安息日他们必聚会于此诵读“摩西五经”〔《旧约》前五卷（pantateuch）〕。正是针对这种对安息日的信守，格劳秀斯曾说过“神法”使犹太民族注定灭亡的话。

（2）基督教与战争法

（一）基督教是罗马帝国阶级矛盾激化和国势衰陵时的产物。根据写成于公元67年6月和68年1月或4月之间的《约翰福音》所记载的内容，它反映的是哀怜无告的底层群众、特别是奴隶们的愿望。他们绝望于物质上的解救，便转而寻求精神上的解救，以求良心之所安。从外在世界向内在世界的逆转，是早期基督教广泛流传的原因之一。它鼓吹“凭着信心，不是凭着眼见”（《新约全书·哥林多后书》第5章第七节），并主张“不

可以恶报恶”（《帖撒罗尼迦前书》第5章第15节），这是《新约全书》的基调。基督教的原始教义排斥犹太教那个好战嗜血的雅赫威。因此基督教的原始教义里没有关于战争法的任何记载。

（二）奥古斯丁的“教父学”上古神权的法律表述，见于“教父学”倡立人奥古斯丁（St. Augustin,353—430）的著作《天国论》（De Civitas Dei，412—427年，旧译《上帝之城》）。奥古斯丁原为北非希波（Hippo）城的摩尼教徒，后改宗基督教，于395年成为希坡主教。他处在罗马帝国风雨飘摇、朝不保夕的时代；西哥德人在阿拉里克（Alaric，370(?)—410）的领导下对罗马的洗劫（410年），使他震惊。为了解释这一历史上的非常事件，多神教的信徒们断言，这是因为罗马背离了众神的古老宗教，而这个征服并使芸芸众生享有文明的帝国之城，原是在众神的庇佑下得以繁荣昌盛的。这样就把责任归之于基督教的传播。《天国论》的写作正是对这种“渎神”理论的回答。奥古斯丁认为，帝国崩溃了，但永恒的“天国”是要持续下来的。事实上，他把基督教教会组织与“天国”混为一谈。尽管这个“天国”是无形的、在世上没有固定位置的，但它却体现在以自己神秘的力量拯救人类的教会的职能中。因此世俗国家应为教会服务。而由于罗马帝国国家组织的瓦解，国家的职能也应由教会承担。唯有教会才能实现正义。他在《天国论》中写道，抛开了正义的国家还成什么国家呢？无非是大写的强盗帮罢了。可见“政教合一”是《天国论》的主题。

在战争法上，奥古斯丁是第一个提出基督教的“义战”理论的人。首先，他根据《新约》确认了个人参军的行为。

他曾说，如果福音的教导是绝对谴责所有种类的战争，施洗约翰就应该对向他讨教怎样能得到解脱的士兵宣布，他们应该放弃他们的职业，然而他却说，“不要以强暴待人，也不要讹诈人，自已有钱粮就当知足”（《路加福音》第三章第十五节）。既然他要他们对钱粮知足，足见他并不禁止他们佩带武器。关于“义战”，他继承并发展了波利比阿（Polybius，200—118B.C.）的观点，除承认因领土、使节权或条约被侵犯或违背时所发动之战争为“义战”外，特别强调教会批准之战争为“义战”。这就是奥古斯丁赋与教会世俗权力之一例。其后，阿奎那（Aquinas，1226—1274）正式宣布战争是否正义的判断权属于教会，从而成为罗马教皇“霸权”的一块奠基石。在这里我们也看到国际政治理论受宗教支配的又一个例证。

此外，奥古斯丁对“异端”的攻击不遗余力，引经据典，号召对“异端分子”实行彻底绝灭。这一理论为中世纪“宗教裁判所”的设立提供了理论根据为害至烈。

（三）基督教为什么较其他两种一神教（犹太教和伊斯兰）流传更广，而到公元1045年东西教会决定性地分裂后，自称天主教的罗马教会在西方国家中取得统治地位长达六百年之久呢？从法的观点来分析，应指出下面几点：首先，基督教在开始阶段与世俗权力的任何机构无关，在穷苦大众中间，它是希望建立一个以兄弟之爱代替法律的新的社会，而且在一段时期里，深信这个社会已经建成。作为一个秘密社团，它曾引起世俗权力的仇恨与镇压；其次，旧约和新约中所含基督的启示，除了有关摩西律的部分外，都不是种种号令。它们部分是事实的纪录、部分是诗歌、部分是讲话、交

谈与反省，发人深思，劝人为善和告诫行恶，而且大部分用诗歌形式，部分是箴言的结集。这些箴言全部或几乎全部主要是道德箴言，是对心灵和良知宣布的，并且出自并无强制权力的教士之口，因此这些箴言所拥有的权威仅在于它们的内在价值，或者说在于它们是神旨之表达的信念。在早期教会中有一种强烈的反犹太教的情绪，这也抵制了摩西五经法的影响；第三，从新约是不可能编出一部法典来的。只有马太福音第五、六、七章才具有最强大的号令的力量。但它们远不是普通意义下的“法”，基督徒中也无人对之遵从不误。基督教的任何机构也几乎没有认真地试图这么办过。它们也显然是诉诸心灵而不是为了树立规定行动的行为准则的；第四，当俗王们屈尊降卑地听命于教会时，教会也以密如蛛网的等级制度组织起来，教会也欢迎俗王们的效忠，并开始吁求物质武器的帮助。在教会势力蒸蒸日上之际，教会也曾企图将它的箴言以具有拘束力的规范的形式强加于社会。但是这个领域已经另有主人了；教会受到罗马法的抵制和威逼。到十一至十三世纪教会势力全盛时期，教会的寺院法出笼，那是有点象伊斯兰教的圣法（shartá)的，但也有很大差距。寺院法始终未能取代业已取得辉煌发展和具有强大影响的民法。当早期教法会议和教皇们的教谕开始形成自成体系的规范汇编时，俗王们一般已能坚持自己的法律规范来对抗教皇和大主教们了；最后，寺院法部分地是以罗马民法为模式的，这样一来，从法的观点来说，它的法律在精神上大部分是世俗的，因此教会也就“世俗化”了。寺院法是作为有组织的和拥有产业的一个社团或社团集体的法。它是处断精神罪孽的法，有时也是处断教会认为涉及宗教的民事关系的法。

这样看来，法律（包括寺院法和民法）仍然是法律，宗教仍然是宗教，泾渭分明，各司其职。

以上种种，就是基督教历久不衰甚至势力大盛的法律因素。

（3）伊斯兰教与战争法

（一）古伊斯兰教是典型的“政教合一”的“神权政治”（Theocracy）的宗教。其中，教会等于国家，先知等于哈里发（意为穆罕默德的“继承人”，即国王）。伊斯兰教的国际法（al-siyar）就是由此而来的。古代伊斯兰教的宗旨是在亚历山大大帝“人类大联合”思想的影响下，建立一个以统一的宗教为基础的世界帝国。历代哈里发都向他们的邻国派去一名使者，提出三样东西听其任择其一：《古兰经》、贡赋或者是宝剑。如果接受其中第一样，就马上被接受参加穆斯林社团（“乌迈”），并获得穆斯林的全部权利，如果叛教，即予处死；皈依的动机往往是经济上的考虑，因为这样做可以免除沉重的捐税，那是穆斯林国库主要的财源之一，以致倭马亚王朝的哈里发们，除了虔诚的欧默尔二世外，都对皈依问题表示冷淡，因为这会严重减少王朝的岁入。尽管在进攻以前是要询问对方是否愿意皈依的，否则进攻是不妥当的。至于愿意接受第二种办法的国家，性质接近于被保护国，其缴税是行使宗教自由的一种报偿。《古兰经》规定对“偶像崇拜者”和“有经之人”（“艾赫鲁——基塔布”）区别对待。缴纳的税是“人丁税”（“杰其亚”），异教徒还要为不动产纳赋（“哈拉志”），为了开辟税源，也为了便于约束下属，耕地仍留给早先的土地所有人。异教徒不得进行“血亲报复”（“萨尔”），只

能索取赔偿。这一歧视异教徒的规定，从国际法的观点来说倒具有进步的倾向。至于第三种办法就纯粹是一种军事征服（"安瓦"）了。关于战利品的分配，《古兰经》规定五分之一归安拉、使者……"(8·42)。值得指出的是，战俘悉由穆斯林社团首领伊玛目处置，一般是贬为奴隶，亦可释放或处死。

在这种战争法的支配下，穆斯林的宗教狂热上升到顶点，几乎没有人顶得住这支部队。在伊斯兰教鼎盛时期（公元七一九世纪），曾形成与拜占庭帝国分庭抗礼的局面。它曾在东方征服叙利亚、巴勒斯坦、整个波斯王国、亚美尼亚、土耳其斯坦和印度的一部分，在西南方它征服了埃及、的黎波里，并向西插入伊比利亚半岛，征服了西班牙。阿拉伯半岛本土的统一，得助于取代多神教的伊斯兰一神教（"讨希德"）的推行。它所提倡的"改宗"是很有威力的，对改宗者一视同仁，对间谍亦不究既往，宽大发落。足见古代伊斯兰教对战争法是有所开拓的。

（二）在条约法上，伊斯兰教也颇有特点。对条约绝对信守，立约时不附加神权或宗教理由的限制。但也有例外，即与非穆斯林统治者立约时，必须附上有效期的时限，从不缔结"永久条约"，这与罗马帝国的做法显然不同。罗马帝国为了使"不平等条约"永远有效，一般强调"永久条约"。

（三）古代穆斯林国际法的另一个特征，是拘束个人而不是拘束地区上的群体的。正象所有古代法律一样，伊斯兰法无宁具有一种属人性而非属地性，它拘束作为个人或作为群体的穆斯林，而忽视他们所居住的领土。也可以说，古伊斯兰教作为一种世界宗教，强调对不承认王国边界的信仰的

效忠。在一个自称为世界性宗教的体制之下，领土在人们间的交往中就不成其为一个决定性因素了。对真主的虔诚与服从，在伊斯兰的教义中，较之种族、阶级或对某一家族或国家来，就是一个良好公民的更为可靠的和唯一的检验标准了。这就是穆斯林国际法属人原则的由来。

（四）古犹太教的国际法以摩西法为基础，适用于犹太人与异教徒的交往。古代穆斯林法学家起初都论证所谓“圣战”、“战利品”、“护照”以及“土地税”等名目下的一般法律体系中的外交关系，后来才扩大范围，开始论证“圣法”中的国家行为之规范。认真地说，严格区别于国内法的穆斯林国际法并不存在，即不存在穆斯林法之独立分支的穆斯林国际法，它无宁是伊斯兰教教义的演绎和推论而已。

（五）古代穆斯林的最后理想是赢得整个世界，但它始终未能将它边界外的非穆斯林社团都改宗过来。因此，最初穆斯林国际法注定是一种暂时的法制，也就是说，一旦伊斯兰教的理想付诸实现，穆斯林国际法的“存在理由”，至少就伊斯兰国家同非穆斯林国家的关系而言，就归于消失。然而伊斯兰的扩张终不能一蹴而就，因此某些规定穆斯林与非穆斯林关系的法律规范，只要穆斯林同非穆斯林还得共居于世，就得存在下来，正象古代罗马法和中世纪基督教世界的法一样。穆斯林法是不承认别国享有主权权利和平等地位的，这几种法都是以一种世界法制和一个世界国家的理论为基础的。它们的目标在使整个人类改宗。因此，由于他们自认为各自的道德与宗教比对方高明，这样一种国际法的拘束力就并非基于相互同意和对等性之上的，而是基于他们各自对自己的政治、道德和宗教利益的解释之上的。

（六）古伊斯兰教为什么不象基督教那样成为一种广泛流传的宗教，亦即古兰经制定之法为什么未能成一种普遍法呢？从法的观点来分析，下列原因是值得重视的：首先，古兰经被当成人生和各种思想领域的一种一成不变的、毫无差池的规范，甚至对文本或传统的解释也不容许任何流派的存在，这就奴役了人类的思想；其次，伊斯兰教的法律很少受到外界的影响，古希腊作品的译本对穆斯林运动没有起任何作用，特别是在十五、六世纪，甚至是消声匿迹；第三，伊斯兰教是一个非民族化的巨大力量，它做了大量工作使东方世界成为一种单调的统一体。在穆斯林世界里缺少同具有各种天赋和倾向的不同民族的有益的接触和生气勃勃的斗争；最后，神学和法律的等同对两个部门研究的发展都有极坏的影响。法律变得僵化了，成了诡辩的了；宗教变成死板的和拘泥仪式的了。法律被教成神学，一种不会错误的、毫无差池的、因此也是不会进步的神学。一切变成了机械的，清规戒律扑灭了理当使之生机焕发的精神。这主要是因为伊斯兰教认为古兰经是一种神启的法律，而这种神启的宣布是由一位俗界兼灵界的国王穆罕默德、神的先知执行的。此外，古兰经是不能改变的圣法，法律也就不能适应变动中的世界的需要。奥斯曼帝国的改革之所以迟缓，原因之一就在于圣法对穆斯林具有高于俗王发布的任何法令的权威。这样一种制度显然使穆斯林法有了极大的局限性。

以上就是西方三种一神教与国际法直接关系的概述。从中可以看出，犹太教与伊斯兰教这些源出“东方”的宗教，对古代战争法的影响，实居“西方”标榜的基督教之上。这段史实昭示人们，所谓国际法的“西方起源论”是没有根据

的，下面将有专节论述。

罗马宗教与战争法

自前509年结束诸王时代后，罗马人设置了一个特殊的僧侣集团，专司战争、条约及其它有关国际事务的宗教仪式，名曰祭司团（Collegium Fetialium）。首席祭司叫做祭司长(Pontifex maximus)。在战争开始前，祭司团以神的名义执行宣战任务。他们去到对方城市的边界上，提出特定的申诉，然后召唤诸神来为他的要求的正义和虔诚作证。据古代大史学家李维（Livy,前59—前17）记载，祭司长首先宣读下列公文：

"听着，啊，朱庇特，你听着，让上天众神听着。我是罗马人民的国家使者，我作为大使来到这里，我是完全正义的和虔诚的，让我的话能取信于你。"

接着就把具体的要求提出来，再又是对朱庇特一番神圣的吁求：

"如果我是非正义地和不虔诚地要求把这些人和这些东西交给我，作为罗马人民的使节，就让我再也不能在我的祖国乐享天年。"

这些宣言和誓语要大同小异地多次重复，在进入边界时，在遇到第一个人时，并在到达宫廷时，都要一念再念。

对方如果按照习惯的方式，交出引起损害的人或物以后，这个国家就免除将来的一切责任。对敌人提出要求，而不提供作出适当回答的机会，也将被认为是渎亵宗教。通常是留下三十三天的时间让敌方履行，祭司们回到罗马。如果在这段时间里对方并不履行，祭司们将第二次奉命前往，这时祭司长就要向对方实行战争威胁，并召唤朱庇特和众神来给对

方拒绝的非正义性作证。

“听着，啊，朱庇特，还有你两面神奎利鲁斯，还有你上天的众神，你地上的众神和你地下的众神，请你们听着！我吁请你们注意这个国家（举出国名）是非正义的和非法的。我们将回去同我们的长老们商量这件事，并决定实现我们的权利的办法。”

回到罗马后，祭司们便向元老院陈述他们出使的结果，经元老院和人民一致同意诉诸战争手段后，祭司们再一次去到有关国家的边界，至少当着三个成年人的面，祭司长作出如下的宣告：

“由于拉丁国家和人民侵犯了罗马人民，罗马元老院和人民已一致同意、表决和决定对拉丁人作战，现在我和罗马人民对拉丁人宣战并作战。”

讲完上述这些话后，他就把一支带有钢尖的、末端烧焦的和染血的长矛掷进敌国的国土。这就表示公开的和正规的战争在当时当地开始了。

在最后的武装冲突以前，罗马人经常举行某些宗教性的准备仪式。皇帝或独裁者们在参加战斗、包围城市或发起攻城战以前，都要以各种手势和动作召唤煊赫的诸神，要求它们降灾于敌人，或将可恨的敌国的人或土地祭献给它们。此外，有时还向敌人的诸神吁求，答应给以更大的虔信和尊荣，以使它们遗弃它们的信徒而来到自己这一边。

史称罗马人的祭司团法可能导源于埃及人，但却是通过希腊人在意大利的殖民地而直接受之于希腊人的。处在神父与国家公使间之中间地位的祭司们，为了加强道德责任的力量才吁求宗教的制裁。在最早期的希腊和罗马，外国人和敌

人是同义词。在共和国后期和帝国时期，由于罗马人征战频繁，祭司团法发生了变化。罗马人逐渐废弃了有关宣战的烦琐的和旷日持久的程序。公元前282年埃皮鲁斯国王在底尔胡斯之役中，据说由于敌人领土位于大海的对面，没有适当的地方来履行开战前的常规手续，一名敌人的战俘奉命在弗来芒杂技场购置下一小块土地，罗马人把这小块土地权充敌人的领土，派宣战的用场，而不再派遣祭司团前往敌人的边界。公元前296年，克劳迪乌姆与闪族开战前，曾在靠近弗来芒杂技场的马修斯广场内建立了第一个伯洛娜（女战神）庙，这座庙也用于宣战。庙被认为代表敌人的领土，庙前竖立的柱子，象征边界，因此，战争开始的正式宣布就是从柱子上抛过一只矛。此后，准备程序更进一步简化。随着罗马统治的扩张并占领愈来愈远的领土，祭司程序到公元四世纪就整个消失了。



中国古代国际法的存在是断无疑义的。公元前二世纪，中国与安息就有外交和商务往来，并曾向西方其他国家多次派出使节，公元前90年并曾向罗马帝国遣使商谈缔结对付游牧民族匈奴的军事同盟。而在此以前，我们伟大祖国对古代国际法的贡献，物证可见于“丝绸之路”的开拓。事实上“丝绸之路”东段的开拓早在公元前七一四世纪就在进行中。史料如下：

①“武公十年〔前688年〕，伐邽、冀戎，初县之”（《史记·秦本纪》）。这说明前七世纪秦的力量已到了天水、甘谷一带，即渭水中流。

②“穆公三十七年〔前623年〕秦用余谋，伐戎王，益

国十二，开地千里，遂霸西戎”（同上引）。

③秦献公元年（前384年）“欲复穆公之业，兵临渭首，灭狄、貘戎”（《后汉书·西羌传》）。

④“孝公元年〔前367年〕西斩戎之貘王”（《史记·秦本纪》，按貘戎，汉曾置貘道县，在今之陇西县南，亦在渭水上游。

⑤“惠文王十年〔前328年〕，县义渠”。（同上引）。

⑥“秦昭王时，义渠戎王与宣太后乱，有二子。宣太后诈而杀义渠戎王于甘泉〔宫〕，于是有陇西、北地、上郡，筑长城以拒胡。”（《史记·匈奴列传）。按“三郡建制”系在前278—279年之间。

上引史料中的地名，正是由关中至河西的古道，即“丝绸之路”的始发地（参见《甘肃师大学报》，1980年第三期陈守忠文）。在前七—四世纪这么漫长的时间里，中西交往如何？外交关系又如何？这是值得我们深入研究的。据史载，周秦之际，大夏与乌孙共同游牧于敦煌、祁连之间(《汉书·匈奴传》）。又《大唐西域记》载：“闻诸先志曰：‘昔健陀罗国迦腻色王，威被邻国，化洽远方，治兵广地，至葱岭东，河西蕃维，畏威送质’”。且大月氏人在公元前二世纪末即开始信奉佛教。中原人信奉佛教最早也是由大月氏人传授的。足见大月氏国在先秦—秦汉时与我国交往密切。这些见诸文字的史实，使我们有必要进一步深入了解先秦与西边国家的外交关系。

“丝绸之路”不但开辟了东西方商业交往和文化交流的渠道，自古就是一条和平与友谊之路，而且对世界政局变迁的进程也有过直接的影响。自从奥斯曼帝国崛起并成为地中

海衔接“丝绸之路”的障碍，陆上交通中断后，西方人的眼光才转向海洋，寻求与东方交往的新航道。好望角的航行（1488年）以及新大陆的发现（1492）莫不与“丝绸之路”的盛衰息息相关。我国古代国际法的丰饶的蕴藏就在这座宝山里。然而先秦与外国交往的情况，“六王毕，四海一”的前221年以后，嬴政焚书（前213年），除医药卜巫种树之书外，一把火把全部典籍（当然包括外交文件）付之一炬，这就造成研究中国先秦国际法的事实上的困难，有待我们作进一步的努力。

关于中国古代国际法，早年陈顾远著有《中国国际法溯源》，洪培钧著有《春秋国际公法》，美国牧师马丁(W. A. P. Martin, 1827—1916) 即丁韪良，也写过《古代中国国际法遗迹》，还有其他著作。这些作家的着眼点均局限于春秋“十二诸侯”与战国“七雄”之间的关系。但“诸侯”与“七雄”均为周天子的附庸，即使周王朝“令不出国门”之日，它们仍争相“挟天子而令诸侯”。由于有这么一个“共主”，古中国甚至没有出现过古西方的所谓“僭主”。这种关系能否适用国际法规范，我们认为是成问题的。但持反对论点的学者有一个“强有力的”论据，即西方的神圣罗马帝国时期，也有许多诸侯国，为什么它们被纳入国际法研究的对象，而春秋十二诸侯与战国“七雄”就有问题呢？这可以分成下面四点来说明：

（1）这是由中国历史发展的特点决定的。

中国氏族社会解体后，不是象西方那样进入奴隶制度的。中国奴隶制度的兴起是亚细亚生产方式的。政治上的表现之一就是宗法血缘关系起着绝对支配作用。具体情况是：

武王、成王、周公先后分封七十一国，其中“兄弟之国”十五人；“姬姓之国”独居五十三人，“异姓之国”十人——这些“异姓之国”，不是周的姻亲，就是古帝王后裔之国。这跟神圣罗马帝国的分封制显然不同。前者以先天的血缘联系为特征，后者则以获得的政治实力为依据。即使后者在种族、语言、文化诸因素上亦有类似之处，但其政治权力的渊源与前者迥异，作为政治实体来说，两者性质就不一样。

（2）“国”的概念古今有别，中西不同。

在古中国，“国”指诸侯的封地。《汉书·地理志》说：“又立诸侯之国”；《国语·周语上》说：“诸侯春秋受职于王，以临其民”。这都说明古代的“国”并不是现代主权国家的“国”，而是受制于“天子”的附庸。一般也可以说，古代的“国”主要是行政建制，而不是独立的、主权的政治单元。“诸侯亦可以有国史”（杜预：《春秋序》），但什么叫“国史”呢？“国史者，周官大史、小史、外史、御史之等皆是也”（孔颖达疏《诗序》），这也说明了古代的“国”对周天子的从属地位。这种意义上的“国”，公元六世纪在日本也出现过，那就是所谓“大化革新”后，分封全国为六十多个行政区，通称为“国”，掌权者名曰“国司”。显而易见，这种名义上的“国”，并不是近代的主权国家。这就是从古今差异上理解的古中国的“国”。

西方有的学者将古中国的诸侯比作“联邦”国家的“邦”（或“州”）这种比附也是牵强的，不科学的。“联邦”是宪法的产物，“邦”存在于前，由宪法把它们联合起来，组成“联邦”，如美国就是这样。正由于有“邦”的存在，“邦”与“邦”之间的邦际（或美国的“州际”关系在某些问题

上就是一种国际关系，对这种关系是要适用国际法的。拿德意志联邦（1867—1871）来说，1868年汉撒城市不来梅曾诉普鲁士，1870年符腾堡和普鲁士曾诉巴登，而在美国，1893年衣阿华州曾诉伊利诺斯州，1918年阿肯色州曾诉田纳西州，1934年新泽西州曾诉德拉华州——所有这些案件都是根据国际法准则解决的。甚至美国宪法（1786年）第四条第二款还规定了州与州间要犯的"引渡"条例，这就是国际法适用于国内的一个变例了。但古中国的诸侯乃是周天子的封地，已如上段所述，周王朝既非"联邦"，亦非"邦联"，诸侯间的关系完全是一国之内的封建割据、互争雄长的关系。这就是从中西差异上理解的古中国的"国"。

（3）神圣罗马帝国与"选侯"

"十二诸侯"虽有"会盟"，也撇开了周天子，形成集团对抗的局面，但从来没有、也不可能有"选举"天子的举动，甚至连这种"犯上作乱"的意图也没有。齐桓公会盟诸侯于葵丘（前651年）也只是称"伯"（《史记·齐太公世家赞》）。这种以"天子"为正统宗主的传统，在中国历史上绵延不绝，还不限于古代哩。申戎、犬戎之联合击杀周幽王（前771年）是少数民族的反叛，然而，它们仍拥立周平王，这就是中华民族大融合过程中的一个插曲了。东迁洛邑后，"周天子"仍维持了五个半世纪的天下。但神圣罗马帝国是十世纪（962年）萨克森国王奥托一世（Ottoi）在罗马接受教皇加冕称帝所创立。帝位并非世袭制，而有"选侯"之设。皇帝的选举，几乎自帝国建立之日起即成欧洲和平的一大忧患。自从哈布斯堡家族对帝位取得专擅的名份后，法国尽管不是帝国成员国，但法兰西王在三百年间不惮其烦地

组织日耳曼或欧洲来对抗这种诛求。例如，卢森堡公爵亨利七世（1308—1313）、巴伐利亚王路德维希（1314—1347）、波希来亚王查理四世、匈牙利王西吉斯蒙德（1411）……都当选过皇帝。而查理四世于1356年12月25日颁布的所谓“金玺诏书”（Goldenen Bulle），规定了七个“选侯”（三名大主教分别代表日耳曼、意大利和布艮第的王国，四名世俗君主），选举地点在法兰克福，加冕礼则在亚琛举行，未来皇帝的第一次御前会议在纽伦堡召开。自此以后，选侯地位高于帝国其他君主，享有铸币权及对其臣民的排他的管辖权。这样一来，由于所谓Wahlcapitulation（在选举期内由于选侯资格而得到的新的权利和特权），选侯们就事实上取得主权者的权力，而成为欧洲的真正的主人，以致新的法国国王弗朗西斯一世和路易十四都梦想当选为神圣罗马皇帝，以主宰欧洲事务。哈布斯堡家族虽长期窃据帝位，但由于无子，即少了一名男嗣候选人，法国乃于1740年组织了巴伐利亚国王当选为皇帝，并鼓捣巴伐利亚、萨克森和普鲁士猛攻哈布斯堡领地，导致一场持续八年之久的欧洲战争。直到1806年“神圣罗马帝国”由拿破仑废除并自行宣布解体，欧洲才免除了由于“选帝”而产生的政治危机和法律上的无政府状态。

以上情况远非“周天子”与“十二诸侯”及“战国七雄”的关系可比。

（4）汉撒同盟（Hanseatic League）的特点

“十二诸侯”的“会盟”的国内性质，与欧洲的汉撒同盟的国际性质也形成对比。汉撒同盟的基础是卢卑克和汉堡这两个最重要商业城市于1241年缔结的一项正式条约，它规定提供船只和士兵以保护在易北河和特拉夫河之间的商

业，并给通海水道配备警察。1259年卢卑克、罗斯托克和魏玛成立邦联后，许多城市参加进来，于1282年组成称为“汉撒同盟”的强大的联合体，总共有八十多个成员。在国外广设商栈；在佛兰德是布鲁日，在英国是伦敦，在挪威是卑尔根，在俄国则是罗夫戈洛德。同盟的首都公认为卢卑克，每三年在那里召开一次代表大会，制定法律。这个以经商为主的组织，这个没有领土的政府，其财富和威望使它拥有超过它在其境内经商的大多数王国的影响。它拥有陆军和海军，曾战胜丹麦、挪威和瑞典，并于1332年迫使丹麦王位空悬八年之久。1362年同盟吃了一次败仗，1367年它加强内部的戒备，次年夺取了哥本哈根，放逐了丹麦国王，1370年5月24日缔结了著名的斯特拉尔松和约，同盟控制了松德海峡及渔业权，并有权确认丹麦王室的名份。以致1373年皇帝查理四世巡幸卢卑克，对市民们讲话时，实质上是承认了他们的主权。“三十年战争”后，日耳曼商业衰落，古老的同盟只剩下卢卑克、汉堡和不来梅。它们仍希望恢复往昔的商业权利，1716年9月18日签订了法国——汉撒条约，相互约定在彼此城市里进出口税平等，在法国的沿岸贸易中，汉撒人只要付吨位税五十苏，并规定为法国与皇帝作战，汉撒城市将恪守中立，只要法国在汉撒城市也履行中立义务。直到19世纪三十年代，汉撒城市与南美洲国家签订一项商业条约，召致神圣同盟的忌恨，认为此举将破坏欧洲全体一致的对南美国家的“不承认政策”。同盟在国外的商栈终于被卖掉（卑尔根于1775年，伦敦于1852年，安特卫普于1863年）。1867年7月1日汉撒城市归并于北德意志邦联，三年以后英国才召回派驻的使团。

由此足见，汉撒同盟作为商业的、军事的联盟，其国际

性的活动远非古代中国的"十二诸侯"或"七雄"所可比拟。仅就军事活动来说，以张仪、苏秦等纵横家的韬略，其目标也无非是诸侯（或城市）之间的抗衡，其范围未尝越出中原一步。

以上四点是古中国与神圣罗马帝国的对比说明。我们的结论是：先秦时代，确实出现过王权式微、诸侯林立的局面，但"周天子"始终居于正统地位，诸侯间争雄也好、"会盟"也好、少数民族的弑君也好，无非是统一的中华民族形成过程中的一些阶段、过渡与转化。它们从来没有在当时的世界舞台上一显身手，这也是作为中国古代社会特征的封闭性、自足性的一种表现。先秦史是名符其实的中国古代史，是多民族的中国形成与统一的始发阶段。我们不能同意把国内的民族关系说成国际关系，因此，也就不能同意对这种关系适用国际法规范。反之，如果把它们之间的关系说成是"国际关系"，那么它们之间的兼并战争就必然可以描绘成一场"世界大战"。准此而论，魏、蜀、吴的鼎立，南北朝的对峙，乃至满蒙的入主中原，就都变成了"国际争端"，一部中国史就会成为世界史了。因此，我们认为对这些现象适用"国际法"是成问题的。

在外国的建国史上，确乎有国别史与世界史相交织而适用国际法的例证。最显著的例证是殖民地的独立过程。那是因为它们要摆脱宗主国的羁绊、驱逐外国势力、谋取解放斗争的胜利，一方面要进行武装斗争，一方面要采取外交措施，这两种手段都是在国际法的保障下进行的。仅以美国取得路易斯安娜州的过程为例，该州一度是西班牙殖民地，拿破仑收回后，以七千万金法朗的低价售与联邦政府。不言而

喻，这同中国先秦时代以及此后长期的国内政局是难以相提并论的。若与外国作比较，近似中国古代情况的，可举日本天皇与幕藩的情况为例。幕藩对待天皇的态度一向是三心两意、若即若离的，幕藩间的关系也是纵横捭阖、错综复杂的，直到明治维新时代才削平诸藩，成立了强大的中央集权政府。但幕藩间的关系，却未听说是什么“国际关系”，或出现了什么“国际法的萌芽”。因为既然不成其为主权国家，就谈不上国际法的产生与适用，何“萌芽”云乎哉？！

最后从国际法本身来说，“本国多民族的一支”与“国家”的关系，西方也有一个著名的案例可作说明问题的参考。那就是英国诉美国的“卡尤加印第安人”一案〔Cayuga Indians (Great Britain V. U. S) August, 18, 1910〕的仲裁裁决。案情兹不赘述。仲裁法院有位法官说，“纽约州的卡尤加印第安人都是美国公民，美国政府不可能同一个外国（指英国）签订条约对自己官员加害于自己公民的损害进行赔偿”，这就是仲裁裁决的基础。这说明少数民族是“国家”的一个组成部分，二者是不可能分割的。此案对“民族”与“国家”的关系可提供一点参考作用，当然不是说中国的少数“民族”等同于卡尤加人。

以上就是古中国不能适用国际法的理论说明。

但鉴于国际法“春秋萌芽”之说在国内颇有影响，本书未能免俗，仍将略备一格，以飨读者。至于我国对古代国际法真正的贡献，我们认为应该由“丝绸之路”的历史来回答，我们将继续努力，进行这方面的研究。

现概述一般所称“中国古代战争法”的特点如下：

古代中国奴隶社会的战争，也是疯狂掠夺战俘的。在西

周历史上，奴隶数目随着剿灭商朝的战争而激增。《左传》定公四年有如下的记载："分鲁公以……殷民六族：条氏……索氏、长勺氏、尾勺氏，使帅其宗氏，辑其分族，将其丑类，以法则周公。"文中所谓"丑类"就是奴隶，而商朝遗民的"殷氏六族"都是被分封出去的战俘，不过采用了所谓"种族奴隶"政策，即《商书·多方篇》所谓"今尔尚宅尔宅，畋尔田"，允许他们保持族居形式，耕种原有土地，乃至使唤旧有的奴隶，但必须承担周朝沉重的苛税和徭役，服从调遣，接受"分封制"的统一安排。其后康王遣盂伐鬼方的战役，除斩杀近四千人外，"执酋三人"，"俘十万三千八十一人，又"□□□人"（《小盂鼎》）。春秋时期，证明大批战俘存在的是所谓"献俘"仪式，或献于共主周王（如鄢陵战后"献楚捷于周"；灭赤狄后一再"献狄俘于周"），或献给霸主（如郑败晋兵派员"如楚献捷"）；或献给祖先和社神，那就是把战俘做血祭的祭品了。战国时代，孟轲所谓"争城以战，杀人盈城，争地以战，杀人盈野"，战争的残酷也变本加厉。墨翟指出，大国攻伐无罪之国，人民反抗的斩尽杀绝，不反抗的，"则系操而归，丈夫以为仆圉、胥靡，妇人以为舂酋"；孟轲也说："既杀其父兄"，又"系虏其子弟"。这些都是掳掠战俘的活写照，连早期对付"蛮夷戎狄"的限制也一扫而光。

关于国际法在中国的"萌芽"的其他方面，下文仍将作适当介绍。



古　印　度

印度的繁盛始于公元前六百年佛陀生活的时期。乔达摩即历史上所说的佛陀原属武士(刹帝利)种姓。印度

的种姓制度起源于公元前一千年自波斯入侵的雅利安人统治者，他们将人民分成执掌政权者（刹帝利）和被统治者（吠舍），这原是一件极普通的事。后来僧侣阶级当权，以婆罗门为第一种姓（首陀罗）。各种姓壁垒森严，形成封闭的社会单元。印度第一个统一的王朝孔雀王朝的阿育王(Asoka)给“法”（达摩，Dharma）下的定义是：“少行不义，多作善事，慈悲，布施，真诚，清静”。阿育王奉行“教法征服”,佛教得以传布锡兰、缅甸、通罗、塔里木盆地（于阗）、中国（再传入朝鲜、日本和安南）和尼泊尔等地区，实为阿育王一手促成。与此同时，阿育王也推行军事征服，例如在柬埔寨、爪哇和占婆。在柬埔寨，入侵者创立了一个印度教徒的王朝，婆罗门则相应建立了一个强大的僧侣体系，直到公元十四世纪这个僧侣体系才衰没，暹罗佛教乃代之而兴。爪哇则不是由印度人直接统治各邦，而是由印度教化了的爪哇人统治。在这些国家里，主要神殿是国家大教堂，活着的国王是半神性的，国王死去则由他们所倾心的天神作代表。

现概述印度国际法的特点如下：

（一）在古印度的历史和国际关系中，是找不到信徒和非信徒的区分的，即使当两者卷入了一场生死搏斗，也不问这是一场“义战”还是一场“非义战”。“达摩”明确规定，所有交战者在任何时候和任何场合都必须遵守公认的战争规则。这种法律之普遍适用性是古印度对国际法的一个贡献。战时法如此，平时法亦然。例如所谓 Rajduts 制度，即为特殊使命派往别国作短期驻留的大使或使节制度，并不限于印度人的国家，而是适用于继亚历山大大帝的入侵(前320年）而出现在印度西北边界的希腊人的国家。摩奴法典不但

安排了国王同外国大使会谈（7·153）及审阅他们的报告的时间（7·223），而且详细规定了一名优秀的使节的资格（7·63—64）以及他们应该完成的职务（7·65—68）。印度人也接受外国派来的使节，而不象基督教和伊斯兰教国家那样排斥信仰不同的国家。作为国际交往之喉舌的大使制度备受尊重。这也表现在古印度对外国使节授与豁免和特权的实践上。

（二）古印度国际法也尊重条约的神圣性，这是因为“达摩”或法的概念，在摩奴法典中，与丹达〔Danda（12·10）有权威、命令、手杖三义〕或制裁一样，乃是国家和社会起源的根基。摩奴法规定，天神生下他的儿子，取名“丹达”，他是万千生灵的守护神，出自上天本身的荣耀，成了法之化身（7·14—24）。因此“丹达”这个残酷的概念，正是暴力理论的基础，它仅仅存在于高度发展的“达摩”这个法律概念之中。它暗示主权，并与人类社会以及整个宇宙的道德秩序联系在一起。这样一来，赤裸裸的暴力就不再是国王的“最后理由”，而成了推行“达摩”或法的一种武器。摩奴法典将“达摩”与“丹达”相提并论，表示以最高的制裁“丹达”为后盾的“达摩”的无上权威。国王及其下的整个政治结构必须为“达摩”服务，任何时候都应向法低头。此外，与“达摩”相分离的“丹达”，在国王手上不再单纯是一个武器，因为只有“达摩”才是主权者的属性。总之，在古印度，真正的权威是“达摩”，国王用最高的行政权力“丹达”来维护和推行它。“达摩”是国内的最高权力，它高出于国王之上，国王仅仅是实现“达摩”之作用的工具，这一点在印度法的两个主要来源“吠陀经”及“传承

经”中都解释得一清二楚，就连考底利耶（Kautilya）在《政事记》一书中也承认，在“达摩”与实践，或“达摩”与任何世俗交易间发生的冲突中，国王应仅仅依靠“达摩”来决定问题。《传承经》也宣称“达摩”的规定比《政事论》的论述高出一头。这是因为《政事论》是包括所有政策与治国权术的文献的结集，国家全部政策都必须服从“达摩”或法，这在古印度是头等大事。这就是古印度信守条约的理论根据。但这种信守必须有两个必备条件：第一，对方必须是独立的政治实体，组织可以十分松懈，可以是部落或者邦联，但是必须（a）彼此是独立的；（b）各有自己的政治组织，拥有象国王一样的发号施令的合适的主管；第二，必须有一种尊重法律的气氛，以及信守条约的普通感情，这就为国际法的健康发展建立了必要的条件。考提利耶说，依据诚信订立之和约在今世和来世都是应该算数的。考提利耶甚至反对接受人质作为巩固条约拘束力的保证。他说，加强条约所需之保证或人质仅为今世之所需。这种排斥下世的提法，在古印度是从根本上否定了人质的作用，而不仅限制而已。

（三）据前303年代表塞琉柱王米卡特访问印度的著名旅行家麦加绥内斯（Magasthemes）说，别的国家在战争对抗中，经常蹂躏田园，使之成为不能耕耘的一片废墟。在印度情况相反，农民被认为是一个神圣不可侵犯的阶级，即使战争在耕耘者附近进行，也决不使它们受到任何危险的打扰，交战双方互相厮杀，但让耕耘者照常工作。这是因为农民被认为是一个为公众造福的阶级，他们得到免受任何损害的权利。这些话表明：一、破坏行为是禁止的；二、印度的战争法较之当时其他国家更为先进。公元七世纪，当玄奘访

问印度时曾记载说，小战不断，但一般对国家损害不大。

有关古印度国际法的具体情况详下有关章节。

此后直到十七世纪，国际法著作的书名和内容，一概都离不开“战争法”（例外的是格劳秀斯）。马克思有句名言：“革命是历史的火车头”。当然并非所有的战争都是革命，但历史上的革命几乎无不通过战争，甚至有些本身就是一场国际战争：远的如埋葬奴隶制的西罗马灭亡（476年）；近的如建立第一个资产阶级共和国的荷兰独立（1581年）。这就是我们确认“国际战场是国际法的第一个摇篮”的道理。为什么又说“国际市场是国际法的第一座温床”呢？除了古代许多条约中的商业条款可以作证外，正式的论述还得从“万民法”（Jus gentinm）和“自然法”（Jusnaturalism）的兴起讲起。

万民法的兴起

如上所述，神权是古代乃至中世纪支配国际关系的一种决定性力量。神权取得了法律效果。也就是说，神谕（Fās）产生法（Jus），法即是神谕。上面说过，战场是国际法的第一个摇篮，而战争总是以和平结束的，因此和平生活中的国际关系也必须由法来保卫和巩固。到古希腊特别是古罗马时代，罗马这座“永恒之城”，麕集着为数众多的“客户”，古典古代兴起的“自然法”思想，导致了适用于这些“客户”的“万民法”的兴起。在一段漫长的时间里，国际法被称作“万民法”，也就是后来国际法前身的“万国法”，而其含义被等同于“自然法”。国际法与“自然法”的区分成为以后长期争论激烈的课题。

古典古代的“自然法”

作为哲学概念的“自然法”，是古典古代新兴工商业奴隶主要求变革氏族贵族统治秩序的政治斗争的产物，见于最早的唯物主义学派——米利都学派（前8至6世纪）。著名的赫拉克利特（Herakleitos，约前540—前480与470之间）提出“逻各斯”（Logos）一词，说“万物都根据这个逻各斯而产生”。“逻各斯”——事物的客观规律，这就是上古时代朴素唯物主义所揭示的“自然法”。其后“自然法”一般表示符合宇宙之自然秩序的法。“自然法”据称是永恒不变的，无所不在的，不言自明的。当初它不受制于神，即不是一种“神法”，而无宁是反对“神法”的。此后（十七世纪）即发展为以“人类理性”为核心的“自然法”。

在联系到政治与社会条件时，古典古代“自然法”的积极作用，以拥护奴隶民主制、反对贵族专政的原子论唯物主义创始人德谟克利特（Democritus，约前460—前370）为例，是代表革新的、上进的社会集团的利益，反对守旧乃至复辟集团的所谓“约定论”，即古时据称是由居民协定所建立的剥削制度的合理性。

但是与这种朴素唯物主义的“自然法”相对立的，则为以柏拉图（Plato，前427—前347）为代表的唯心主义的“自然法”。在由他所撰写的其师苏格拉底（Socrates，前496—前399）与波洛斯（Polus）的对话中，波洛斯认为，“自然法”表示“适者生存”，这在动物界、国际关系乃至竞技运动中，莫不皆然。世界属于强者。柏拉图的“自然法”，建立在形而上学的“正义”（“自然法”之最高体现）的基础上。

在所著《国家篇》一书的开头，他给“正义”下了一个定义，就是“偿还债务”。柏拉图的“自然法”是反对平等的、为大奴隶主服务的理论。

以上帝为“宇宙第一因”的亚里士多德（Aristotle，前384—前322）曾对法学思想的基本特征进行过分类。他区分了宪法和法律、公法与私法、实体法与衡平法，并把法律区分为“普遍法”和“特定法”，后者又分为“分配的”法和“校正的”法。“分配法”是处理私法问题的，如根据社会成员的成就在他们中间分配荣誉、财富和其他资产，而“校正法”则着重公法中的惩罚与赔偿。他的分析方法为后人广泛袭用。

亚里士多德的“自然法”概念，见于他的《修辞学》一书。他说：“我认为法律有特定的和普遍的之分，所谓特定的法，是由一个特定的民族为了它自己的需要所制定并有成文的和不成文的之分的法，所谓普遍法就是自然法。因为存在另一种普遍的、与任何相互交往或协定无关的是非准则，”（第1部第13章）。亚氏所谓“普遍法”即“自然法”显而易见是一种不成文法。而所谓“自然的”，也就是“合理的”，它是所有开化的人（不论处所或国别）所承认的，尽管这种“理性”的表现在物质世界中可以觉察到，但其完全实现则是不可能的。联系到亚里士多德关于奴隶制度是完全合乎“人性”并且是完全“自然”的论断，就可看出他的“自然法”的阶级实质了。

公元前336年亚历山大即位，马其顿国势鼎兴，希腊本土全部为其征服。在长年动乱中，大奴隶主阶级的代表乃提出斯多葛派（stocism）的“自然法”来，奠基人为基提翁

(Citium) 的芝诺(Zeno，约前336—前264)。他断言，理性统治宇宙，作为宇宙本身之一部分的人类也受理性的支配，当人类按理性生活时，他就生活得自然。芝诺把这种"自然法"推向宇宙的范围："因为我们个人的天性是宇宙整体性的一部分，为了这个缘故，最大的善就是顺应自然而生活，这就意味着按照宇宙整体性而生活"（艾维，《哲学选读》Avey，Readings in philosoply，Calumbus，Ohio，1921，pp212—213）。这是大奴隶主处于颓势的精神状态，号召"乐天安命"，逃避现实。斯多噶派强调不同于全体希腊民族的整个人类的普遍性，不承认希腊人和蛮族间、自由人与奴隶间有什么内在的差异，只承认有一个法律将它们团结成一个世界共同体。后来斯多噶派的这个普遍法成了罗马帝国的法律理想。罗马最著名的思想家西塞罗（Cicero，前106—前43），在他的法学著作《共和国》和《论法律》中，服膺斯多噶派的学说，即理性是立国之本。自然法、法律与正义诸原则均源于自然理性。纯粹理性就是货真价实的法律。后塞涅卡（Seneca，约前4年—约65年）和皇帝奥雷利（Aurelius，120—180）将斯多噶派的学说解释为人身自由和乐天知命，以求逃避日益尖锐的社会矛盾。

罗马时代的法学家们对"自然法"作出了巨大的贡献，他们把"自然法"适用于所有生活在海上或陆上包括飞禽在内的动物，同时区别了人类和人类理性所共有的"自然法"和动物（包括人类）所共有的"自然法"。为了更令人满意地区别这两种类型的"自然法"，罗马法学家正式引进了"万民法"一词，以处理涉及"客户"的法律关系。对比地说，民法仅限于罗马公民适用。

"万民法"的实质

罗马帝国幅员辽阔，君临天下，"世界帝国"的概念支配了它的对外关系，它的成就依靠用罗马军队绝灭早先的国家和国家体系，而排斥平等与独立的政治实体间靠习惯、程序和制度建立国际法的可能性。一切取决于罗马人的标准。首先它征服了意大利。前282年庇尔胡斯之役标志着这一过程的完成。稍迟，第一次布匿战争给了它大半个西西里以及撒丁和科西嘉，这些地方都成了行省，由罗马派来的长官们治理。于是它发动了一种无限扩张领土的政策，其最初的结果之一见于法律制度的变化。正是由于征伐战事经年不断，商人、手艺人为了谋生，纷纷逃往政局较稳定的罗马，罗马因而商业繁荣，人丁兴旺，(见梅因：《古代法》Maine: Ancient law, London, Everyman's Library p.27)。为了调节"客户"和本地居民的商业关系，罗马当局乃设置所谓"移民执事"予以掌管。在此以前，尼罗河边的人自命为圣洁的人，世界上其余的人都是些肮脏人，外国人是罪犯和蛮族；希腊时代，哲人亚里士多德说外国人就是敌人。到帝国时代，由于国际市场的开拓，观点为之一变，"万民法"乃因而形成。关于"万民法"的实质，有下列学说可供参考：

1．〔英〕亨利·梅因（Henry Maine,1822—1888）

他认为"万民法"起源于一种"市场法则"，即由于商业关系之需要。罗马人有机会接触东方民族，主要是地中海东部（Levant）民族，吸收并采用东方人的法则，建立了各种习惯与惯例，"当一个特定的习惯被许多分散的民族共同遵守时，它就被定为所有国家共同法律之一部分，或称'万民

法'"。这个观点是萨维尼（Savigny，1779—1861）所同意的。萨维尼还补充说，对暂居或久居罗马之外国人，要适用一些不同的或特定的准则，以满足执法之方便与需要。这些准则遂逐渐形成"万民法"的体系。它们是实施"属人原则"的，即基于外国人人身法之性质与可适用性的考虑；换言之，即个人之血统、而非住所地，经常成为解决法律难题的决定性因素。因此，照顾非公民之"万民法"，就成为罗马国内法——民法——的一种补充。

2.〔德〕G. F. 普契塔（G. F. Puchta，1798—1846）

普契塔是德国历史学派领袖之一，他认为主管宣战与议和的祭司团法与"万民法"有关，在例如罗马和迦太基之间早期诸约里，确曾有规范导源于盟国臣民交往之各种关系的条款。因此"万民法"是适用于罗马以外各族的法律，不仅是个别的国家，而且是一般的异邦人。照他看来，"万民法"可分为客观的和主观的两个方面。在第一个方面，它代表"普遍的移民法"，适用于那些不属"民法"管辖的个别人，实质上包含着移民自己的法律，在罗马观点的影响下，使之能普遍适用、受到限制并加以发展。在第二个方面，它代表一种法律，并非由科学分析和思考所精心制定的，而只是从罗马人的"进取心"、从他们"开放的"法律意志自发地和难以觉察地颁布的。P. 约斯（P. Jörs）追随普契塔的观点，并坚称"万民法"包含那些逐渐变成罗马"民法"的移民准则，直到最后世界法（Weltrecht）的整个体系变成罗马民法为止。约斯的观点，不言而喻，是为罗马"世界帝国"张目的。

3.〔德〕A. F. 普道尔夫（Rudolph，1891—？）

他也强调“万民法”的国际性，甚至进一步声称，它一方面代表规范国家与国家间关系的国际公法，就象货真价实的一部“战争与和平法”一样，另一方面，它又代表调整不同国家个别成员间纷争的国际私法。

4．〔德〕M．沃格特（M．Vojgt，1827—1871）

他断言由于银币的使用以及更稳定的铸币系统的采用（这是国际贸易关系的需要所派生的），“万民法”遂应运而生，以决定公民与移民间或移民自身之间的交易所引起的权利和义务。这也就是说“万民法”是一种“国际经济法”。

综上所述，“万民法”可归纳为：（一）主体是“客户”和“异邦人”，（二）其产生受国际市场的经济法则的支配，（三）其成份是国际法多于国内法。西塞罗说，他的祖先曾区别过“万民法”和“民法”，即前者是一种普遍的不成文法，后者则是一种特殊的或特定的成文法。这是受了亚里士多德将法律分成“特定法”和“普遍的不成文法”的影响，而罗马人在公元前二世纪用之于“万民法”和“民法”的区分。但这种区分毕竟很难“一刀切”。因为“万民法”自有它的具体内容，即“移民”享受保护之法律权益，都是有凭有据的、实际的。例如罗马与迦太基的第一个条约（前509—8）中的商业条款，规定贸易之成交需有镇公所书记长（Town-clerk）在场，开价系凭国家信用。这种条约规定就很难说是“不成文法”。

正是“万民法”内容的这种具体性，使它与“自然法”的抽象性形成对照，从而使两者的区别昭然若揭。兹列表说明如下：

自然法（古代）		万 民 法
“逻各斯”(logos)—“理念” （“自然理性”） ↓ 本 体 论 (Noumena)	理想→现实 (Aequitas) “衡平原则”	“移民”及异邦人享受的权益（各行省皆然） 1.借贷 (mutum) 2.买卖 (empio) 3.租赁 (localio) 4.抵押 (hypotheca) 5.财产转让 (fraditio) 6.占有 (occupatio) 7.长期使用所取得之所有权 (usucapio) 8.永久租用权 (superficies)

究竟“万民法”的定义如何呢？现举最早的例子如下：

乌尔庇安的万民法定义

乌尔庇安的定义（出处：pandects——法学汇编）

“自然法适用于所有动物，万民法仅适用于人类之间。”

乌尔庇安（Ulpianus Domitius，约160—228A。D）是最后一批伟大的古典罗马法学家之一，曾担任多种公职，著作极丰，查士丁尼的《法学汇编》近三分之一是他的著作的摘述（计2465条）。这个写于三世纪的定义，首次从适用的对象区分了自然法和万民法。乌尔庇安的贡献，在于确定了“万民法”适用的对象——“人类之间”，这就为“万民法”与“国际法”日后的沟通打开了渠道。

但是乌尔庇安的定义把“自然法”的对象说成“所有动物”，而不辨“动物”与“人类”的区别在于“本能”与

"理性"，"自然法"既以"人类理性"为核心，显然与"动物本能"是两码事，这个定义也就染上了古代"泛神论"的色彩。在神权猖獗的当时，这也是不足为奇的。

此外，就"定义"的要求来说，这个定义的主体为"自然法"，"动物"与"人类"成为法所适用的"对象"。显而易见，这个定义存在着主客颠倒的毛病。

基督教的兴盛

恩格斯说公元前三世纪，"基督教作为被压迫者的运动，起初它是奴隶和被释放的奴隶的、穷人和无权者、被罗马征服或驱逐的人们的宗教"。① 因此它与犹太教一样受到迫害。对早期异教徒的迫害，史不绝书，备极惨酷，以尼禄（Nero，公元37—68）于公元67年派韦斯巴芗（ves-pasians，公元 9 —79）镇压犹太人的起义最为出名。此后二百五十年间，基督教日趋壮大，成为帝国压不垮、攻不倒的一股道德和社会力量。最后一次大迫害是暴君戴克里先（Diocletianus，公元212—313）执行的，也以失败告终。在罗马的任何一省都有基督徒，遍及于所有的阶级和行业，基督教在广大人民群众和奴隶间传布开来。教堂有自己的组织、仪式、社会法律、掌权者、审判机构、聚会和祷告处所、墓地、财产、财源以及内部纪律。早先的基督徒形成了另一个世界。基督徒宁愿向神甫和主教们起诉，而不向帝国的法院起诉。基督徒社会等于"国中之国"，但没有谋求政治分离的任何意图，甚至连形成独立的政治单元的意图也没有。然而作为效忠皇帝的标志的帝王拜崇却消失了，这使基督徒

① 《马克思恩格斯全集》，卷22，528页。

被看成帝国的敌人。皇帝瓦列里安（Valerianus，253—60在位）于公元260年被波斯王萨波尔（Sapor）掳去，这件事曾被归罪于基督徒，但基督徒却归之于“神谴”。从这时开始，出现了承认基督教的缓冲运动。戴克里先迫害行动的失败，使许多行省都不得不对基督徒采取绥抚措施，最后由于君士坦丁大帝皈依基督教，于公元313年发布所谓“米兰诏书”，基督教从此成为合法的宗教，而反对大奴隶主、罗马官吏和教会的奴隶起义和下层人民群众的进步运动一概被视为“异端”，迫害的矛盾也就指向了这种所谓“异端”。君士坦丁大帝于330年迁都于拜占庭。正是对方兴未艾、声势浩大的“异端”的畏惧，巩固皇权和解救帝国于“蛮族”进犯的迫切需要，皇帝狄奥多西一世（Theodosius I，346—395）才于公元382年宣布基督教为罗马帝国的国教。他宣称“除基督教徒以外”，其他任何教派的教徒都是“愚蠢的疯子”，“首先要遭到神意的谴责，其次还要受到天意授权我们所给予的惩罚”。公元395年罗马帝国分裂为东、西两部分。号称“永恒之城”的罗马已处于风雨飘摇之中。公元410年8月，“蛮族”西哥特人进军罗马，起义的奴隶和隶农打开城门，夹道欢迎。不久，罗马城再陷于“蛮族”汪达尔人，而到公元476年，西罗马末代皇帝六岁的罗慕路斯·奥古斯都（Romulus Augustus）终于被“蛮族”雇佣军的一个头目所废黜，古罗马终于成了奴隶制度的坟墓。然而基督教却在腥风血雨的战乱中保存下来，势力日盛。不久，罗马教廷自封为“教皇”。“教皇”取义于拉丁文“父亲”，足见其至尊地位。

随着西罗马的灭亡，东罗马即拜占庭国势日盛，在查氏

丁尼的统治下法制日趋完备。现介绍查氏丁尼关于“万民法”的定义如下：

查士丁尼的万民法定义

查士丁尼的定义（出处：Novele——新典）

自然理性在全体人类间所建立并为所有人一体遵守者，谓之万民法，此法适用于所有国家。

查士丁尼（Justinianus，483—565），东罗马或拜占庭帝国皇帝，代表没落奴隶主的利益，野心勃勃，要想在帝业和法律方面恢复古罗马的荣光。他的大将贝利撒留（Belisarius）曾击败汪达尔人而收复北非的大部分、西西里岛和西班牙南部；贝利撒留和纳塞斯（Narses）还曾在意大利进行一场长达17年的战争，最后于562年从东哥特人手下收复意大利；但与波斯人的长期战争却成了帝国的心腹之患，使君士坦丁堡成了一座围城。足见查士丁尼大帝的政治抱负是光复罗马的“世界帝国”，虽形格势禁，也能略尽其功。他于公元528年登极六个月后，即指定一个10人委员会，根据格列高利法典（约公元291年颁布）、赫英根尼法典（约公元295年颁布）和迭奥多西法典（公元438年颁布）等三种法典，以及其后的帝国法令，删除去芜，适当增补，汇编成头一部新的《法典》（Codex），于529年颁布，但于534年废除，而代之以他的第二部法典——《新典》（Novele），计12卷，第1卷是教会法、法律渊源、高官显宦之职责；第2—8卷是私法；第9卷是刑法；第10—12卷是行政法。他于530年又指定谙悉古代文献的著名法学家特利鲍尼安（Tribomanus，约470—543），主持一个包括5位教授、11名顾问的

编委会，以三年时间，把古典法学家的学说编成一部综合性的《法学汇编》（Digest or pandects）。编辑们阅书2千册，计3百万行，但入选者仅二十分之一，尽管这样，全书也有50册。这部书的编成，把否则就要失传的古罗马法大体保存下来。作为《法学汇编》的导论，还有一部罗马法的基础教材，共4册，分别论述"人身法"，"物权"和"遗嘱"，"继承"和"债务"以及"侵权行为"、"保证金"和"诉讼程序"——这就是所谓《法学初阶》（Institution）。以上四书，即《法典》、《新典》（这两部典籍搜罗了查士丁尼本人的法令共六百件）、《法学汇编》和《法学初阶》，于1583年经丹尼士·戈德弗雷格（Denis Godefreg，1546—1622，法国人文主义法学家）首次命名为区别于教会法的《国法大全》（Corpus Juris civilis）。探究起来，所谓《法律全书》（Corpus Juris）原指整个罗马法，史学家李维（Livy）曾盛赞《十二铜表法》为《罗马法大全》（Corpus omnis Romani juris）。《国法大全》一名即取义于此。它是罗马时代法律的总汇。

查士丁尼的万民法定义见于《新典》，是这位"罗马皇帝"法律观的直接表白。应予指出的有下面几点：

1．《国法大全》包括私法和公法。公元212年皇帝卡拉卡拉（Caralla，188—217）颁布"罗马公民权敕令"（Constitutio Antoninium），将公民籍（Civitas）赋与罗马世界所有的自由民，以致"万民法"成了所谓"人类共同法"。到查士丁尼时代，希腊人的所谓"全人类社会"得到了实现，罗马民法不仅在理论上而且极大程度地在事实上统治了整个"帝国"，罗马也就成了所谓整个文明世界的

"共同祖国"。这就是查士丁尼的"世界法制"了。

2. 他照抄二世纪法学家盖尤斯(Gaius,约115—180)的话,认为他的"万民法"是"自然理性"的反映。但作为东罗马社会经济基础的奴隶制度,显然是违悖"自然理性"的,但他的"万民法"却肯定了这种制度。奴隶制度不可能废除奴隶。奴隶和奴隶主之间的斗争(如公元前135—132年以及前104—100年西西里岛的奴隶起义,公元前73—71年斯巴达克领导的意大利奴隶起义),以及由于查士丁尼横征暴敛所激起的历史暴乱,引起警惕,因此《国法大全》中,奴隶的地位稍有改善(Inst, i,8.2; Ibid, iii, 6.10; Ibid, i, 5.1),并逐步向隶农转化,但他们也还不是"自由民"。仅此一例,足见查士丁尼的定义所反映的"自然理性"实际上是奴隶制的"安魂曲"。

3. 查士丁尼标榜"自然理性",但是从他的政治扩张所带来的法律兼并去看,他的"万民法"乃是一种"普遍法"。所谓"世界帝国",从理论上说,是一统天下,既无需战争,亦无需国际法,因此,"普遍法"就不是国际法,而是一种超国家法,它驾凌国家之上,成为一种"法上之法"。这就是查士丁尼"万民法"的真谛。

上面说过"万民法"后即演变为"万国法",这个过渡是由伊西多尔完成的。这还得从伊西多尔的定义谈起:

伊西多尔的万国法定义

塞维尔大主教伊西多尔(Archibishop Isiodor of Seville, 570—636)关于"万国法"的定义(出处:Etymologiae——词源学)

万国法所指为土地之占领,城堡之修建与设防,战

争，俘虏，奴役，战后权利之恢复，和约及其他，缜密保护大使免受侵犯，禁止不同国籍人间之通婚。万民法适用于所有国家。

塞维尔大主教伊西多尔(570—636)为西班牙教派的重建者。所编《词源学》(Etymologiae)〔1911年由林赛(W. P. Lindsay)以两卷集单独出版〕为一部计20卷的当时能派用场的世俗和宗教知识的百科全书，此外他著有史学、圣经评注及其他作品。他在教会身价很高，1598年被尊奉为圣徒，1722年为长老。

这个定义出现在公元七世纪，归纳了查士丁尼《国法大全》中许多不太显眼的条目，由于内容涉及国际关系者甚多，自此"万民法"即取得了"万国法"的确称。后来这个定义为十二世纪格雷先(Gratian，约1090—1159)收在《教会法大全》(Concordia discordantium canonum)中，影响深远。由于它与后代国际法内容颇多相似之处，无怪乎它赢得比利时国际法史大师欧内斯特·尼斯(Ernest Nys，1851—1920)的激赏，赞之为一个令人惊叹的现象。

这个定义包含九个因素，前面七个都属于战时法范畴，这反映了古代社会战乱频繁的严酷现实。至于其余两项中，"保护使节"则是自古相传的一种由礼仪发展而来的法律制度。《法学汇编》规定，冒犯大使的人要遣送到对方国家听凭发落，如决定不予遣送，罪犯将在罗马处决或驱逐出境，如对方将罪犯释放回国，其公民权亦将予以剥夺。这是因为大使被认为国王之代表，冒犯大使即为对国家主权者之侵犯，如无适当补救，便构成战争的理由。所有古代作家一致认为冒犯大使是对"万国法"之蓄意的违犯。这也就是现

代外交豁免权的滥觞。至于“异族通婚”之禁止，实质所在，为“移民”或“异邦人”不得享有与罗马人通婚的权利。罗马民法中的“联姻权”仅限于罗马人之间。只有合法婚姻的子女从父籍——即罗马籍——而取得公民权，女方为“异族”时，子女从母籍而无公民权。但随着卡拉卡拉“公民权敕令”的颁布，这种区别也归于消失了。

伊西多尔的这个定义，限于现象罗列，规避了“万国法”的明确定义，属于“经验性定义”之列，这是它的不足之处。但所列举的项目确属后代国际法的范畴，使人对“万国法”之公法性质有了较明确的概念，这是十分难能可贵的。

天主教的崛起

古罗马的灭亡（公元476年）是西方奴隶制度向封建制度演变的起点。公元962年萨克森公爵奥托一世（Otto I，公元912—973）经罗马教皇加冕，表示他同教皇分享统治基督教世界的世俗的与精神的权力，是为所谓“神圣罗马帝国”之始。这个名称是继承古罗马“世界帝国”和查理大帝（Charlemagn）的传统的，但是由于神圣罗马皇帝与教皇不断争权夺利，也由于帝国在日耳曼国家和意大利之外并无实际权力，并且即使在这个范围之内，皇帝的权力也经常受到大公、王侯以及自由城邦的反抗，正如西哲伏尔泰（Voltaire，1694—1778）所说，所谓神圣罗马帝国，既不是神圣的，也不是罗马的，更谈不上是一个帝国。据十四世纪意大利著名法学家巴尔都鲁（Barfolas，1313—1357）的门生巴尔杜（Baldns，1327—1406）的分析，由于自由城邦如威尼斯、热那亚等都不承认世俗的太上皇，并且它们各

自都拥有王权，这与皇帝安东尼（Antonius, 107—161）所说“朕确为世界之主宰”（《法学汇编》，Dig, 14, 2, 9）这句话就发生了矛盾。为了维护中世纪帝国的统一，巴尔杜作了重要的区分。他说，王权有两种，一种是法律上的，一种是事实上的。皇帝拥有的是“法律上的”王权，自由城邦拥有的是“事实上的”王权。皇帝虽拥有“法律上的”王权，但在特殊情况下，他并不能“在事实上”拥有特定的事物。例如威尼斯可以在亚德里亚海行使征税权，但皇帝却不能在那里行使这种权利——这一权力与事实之区分：接受皇帝对权力的主张，同时承认其事实上之无效，这就是巴尔杜皇权理论的基础。也就是说，皇帝是“全世界真正的主宰”，但别人也能是“特定事物”之主宰；世界被普遍认为是皇帝的，但个别事物却并非必然属他所有。事实上巴尔杜的理论证实了皇权的有名无实。他的话刚好是伏尔泰的评语的法学注释。

八世纪时出现了所谓四世纪“君士坦丁的赠与”（Constitutnm Constantim）的文件，最初是在公元778年教皇亚德利安一世的一封信里提到，其后又收在《伊西多尔教令集》（9世纪初叶）里，两百年后教皇利奥九世正式予以引用，最后又收进格雷先的《教会法大全》中。这份肯定教皇在腊万纳至罗马一带意大利境内地位的文书，在维护神权的教皇格列高利七世（在位期约1056—1063）之流手里，被释为适用于整个西欧。但法国人不甘心屈从罗马教皇。巴黎的约翰在《论皇帝与教皇的权力》一文中宣称，教皇在世俗权力中的至尊地位并非得自他们在灵界中的至尊地位，而是得自历史的原因、王公们的特许，得自需要、篡夺或其他合法

或非法的人类行动，他同意迦拉太和阿奎那的理论，并以马太福音（22.21)中“该撒的东西还给该撒”为论据，认为教皇只拥有灵界的至尊权力，而俗世的至尊权力属于皇帝。

在这个文件的辨伪工作中，那不勒斯的史学家瓦拉（L. Valla,1406—1457）起了决定性的作用。瓦拉根据一项语言学上的发现即这个四世纪的文件不是用四世纪的拉丁语而是用八世纪的拉丁语写成的，一针见血，肯定了它是伪造。这就彻底揭发了教皇弄虚作假的伪善嘴脸。公元1054年教会正式分裂。君士坦丁自称东正教，偏处一隅，自此天主教的罗马教皇即逐步取得主宰欧洲的“世界霸权”。

罗马教皇“世界霸权”的法律特征

罗马教皇的不断扩大的权力，是得自于下列具有法律意义的教义的，而这些教义就成了中世纪国际关系的“准则”：

1．教皇拥有“开除出教”和发布“褫夺教权令”的教会管辖权。

1076年教皇格列高利七世(Gregory Ⅶ，任职期1073—1085）为废除“世俗叙职权”，将坚执反对的皇帝亨利第四（Heny Ⅳ，任职期1059—1106）开除教籍，并免除日耳曼臣民对皇帝效忠的义务。亨利第四只好向他屈服，来到教皇巡幸的卡诺萨（Canassa）城，脱下皇袍，裹着毛料衣服，赤着脚，在城堡的门口站了三天三晚，痛哭流涕，乞求教皇发善心，给于帮助和安慰。亨利第四复职后，实行反击，召开梅因兹和布利克森等会议，宣布废黜教皇。格列哥利七世给麦兹主教写了一封信，对教皇的至尊地位作了最充分和最

深入的辩解，信上说："多少主教曾经有时把国王、有时把皇帝开除教籍。要问这些教皇的名字，可以举出一大堆。例如神圣的英诺森教皇曾把皇帝亚卡丢开除教籍，因为后者同意将圣者约翰·克利苏斯汤从教皇身边赶开。同样地，另一个罗马教皇，扎哈利亚斯，曾废黜一个法兰克国王，并非因为他办事不公，而是因为他不适合执掌大权。并且他还立丕平——查理大帝的父亲——来接替他的职位，免除全体法兰克人对他宣誓效忠的义务……。神圣的安布洛斯——尽管尚未当上主持整个教会的主教而不过是个圣者，却把迭奥多西大帝开除教籍，后者的过失在别的教士看来也并不那么严重。……如此看来，如果诸王将被教会定罪，还有谁比罗马教皇更有权判处他们呢？《基督教会文件集》，Documents of Christian Church，1975，London，p.131，1208年教皇英诺森三世（Inocent Ⅲ，在位期1198—1216）对英王约翰（John Lacland，在位期1199—1216）下达"褫夺教权令"，因为约翰不满教皇让主教出缺而动用他们的年金，约翰于1214年发布"教会宪章"，向教皇屈服。对12—13世纪以亚尔毕派（Albigensians）和韦尔登派（Waldensians）为主导的"异端"运动，教皇亚历山大三世（Alexandes Ⅲ，在任期1159—1181）在由他主持的第三届拉特兰会议（1179）上，向俗权呼吁援助："尽管教会的教规不执行流血的惩罚，而满足于神的裁决，尽管这一点也得到天主教君主们法规的支持，然而人们由于畏惧召致肉体的惩罚而经常寻求一种有益的补救办法。因此，……我们宣布〔亚尔毕派〕和他们的教唆者与支持者一律革出教门"。对倡导宗教改革的马丁·路德，教皇利奥十世（Leo X，在位期1513—1522）于

1520年秋在萨克森发表的教谕里宣布把他开除教籍。1570年，教皇庇护五世（Pius，V，在位期1566—1572）发布训令将英女王伊丽莎白（Elizabeth，在位期1558—1603）开除教籍，宣布她是“异教徒和异端的煽动者，所有依附她的人都以革出教门论罪，”为的是伊丽莎白在宗教上的分裂主义的立场。法国和西班牙经教皇号召执行这一训谕。“自此直到1588年西班牙无敌舰队的败北，在英国与反改革派之间的战争或多或少公开地进行着。一方是英国人的不可战胜的爱国主义，另一方是政治野心和宗教狂热的联合起来的力量。”（瓦卡曼：《英国教会史》H. O. Wakaman, History of Church of England, p.335）。综上所述，中世纪罗马教皇的“开除教籍令”和“褫夺教权令”，使教皇掌握了上至帝王、下至庶民生杀予夺的权柄。

2．教皇拥有裂土封王、树立霸权的绝对领土权。

圣经《利未记》说，“地是我的”（第25章第23节）这就是罗马教皇主张领土主权的张本。封建制度的基础在于领土分封制以及相应的效忠义务。这种对抗一切危险的政治保证，从王公到王公，从王国到王国，从王公和王国一直到皇帝和教皇，在整个西欧形成一面封建制的权力网。这样教皇就拥有西欧近三分之一的封地，成了苏格兰、英格兰、阿拉贡、南意大各行省、西西里和匈牙利的封建主。保持独立的只有贵族或商人统治的自由城邦，如阿马尔菲、萨勒诺、比萨和热那亚。基督教世界是政教合一的社会，两个国家间的边界由教皇（其后由教会法）决定，而这些决定的执行是在教会以内而不是在教会以外实现的。

教皇的海上霸权是一个明显的例子。这就是著名的“教

皇分界线"。教皇曾自封海上诸岛的主子。1492年哥伦布发现新大陆。接着欧洲就开始接待装有大量白银黄金和奴隶的货船。但是当哥伦布发现大西洋另一例的群岛，后来按照另一位航海家亚美利戈·韦斯普奇的名字命名为美洲的"新大陆"后，哥伦布本人到死也认为那里是日本（Zipangu）和中国的西岸，而一般人则认为那是取道西线到达的印度的东部。教皇亚历山大六世应雇用这位热那亚航海家的雷耶·卡多尔科之请，于1493年5月3日发布著名的圣谕，以在新发现的地区"传布教义"为条件，把刚发现的群岛或陆地判给西班牙，第二天，他又发布另一道圣谕，在大西洋确定了一条分界线，把海洋及已经和将要发现的陆地，沿亚速尔和佛德角群岛以西100哩处横跨两极，在西班牙和葡萄牙之间实行了瓜分。这就是赫赫有名的"教皇分界线"的来历。

由于两道圣谕在大西洋划出的疆界没有确定东边的界线，教皇亚历山大六世在同年（1493年）稍迟的时候，9月25日，又发布一道圣谕，确定了印度洋西部的另一条线。但这两条线是根据当时所能利用的有限的地理知识划定的，因此一到要付诸实施时，就必然引起争端。此外，由于葡萄牙王不满意已确定的界线——在离亚速尔和佛德角群岛西边100浬处横跨两极——向罗马教廷提出一份修订该线的请求，一无所成。于是两个有关的大国，于1494年6月7日自行签订了托德西拉斯条约，把分界线向西推移，在佛德角西边370浬的地方部分穿过南美大陆。此项条约12年以后，即1506年1月24日复由教皇尤利乌斯二世以新的圣谕所批准。自此就形成了中世纪教皇对全世界"自然的和实力的"统制权。

（三）教皇拥有禁锢思想、迫害"异端"的国际执法权

——宗教裁判所。

在教会极端腐败、牧师和副牧师们对广大人民群众敲骨榨髓的盘剥下，十三世纪前后，封建制度的重荷使欧洲以务农为生的劳动人民陷于水深火热之中。英国农业工资低于前此任何时候。这些农民大都轻信于人，迷信思想严重，任何和尚、魔法师、占星家、炼丹士或其他骗子都能使他们上当。12世纪末，图卢兹公国发生了阿尔毕教派的起义，垂涎图卢兹财富的法王腓力二世也参加了镇压的讨伐，对朗格多克、贝启埃、普洛旺斯实行血腥的屠杀，并于1229年在朗格多克首创了宗教裁判所。这个罪恶组织，后即遍设于欧洲，在教皇的推动下，各国纷纷组织起来。而宗教裁判所的大法官一般由罗马教皇任命，宗教裁判所也就成了罗马教廷的国际执法机构。它的处决一般是“活活烧死”，并施用史无前例的酷刑。它的程序法规定，揭发者及证人的姓名不告知被告。究竟有多少人死于宗教裁判官之手迄无确数。17世纪的格劳秀斯估计有五百万人。但如果算上被这个“神圣的”机关株连的夫妻、父子或母子、兄弟姐妹和其他亲属，则死者远远超过此数。此外，如果考虑到反对把宗教裁判所强加在各国人民头上而进行的战争，就还得加上成千上万的人。单拿西班牙海外殖民地秘鲁来说，250年间活活烧死的达1959人，458人被开除教籍、流放、鞭笞等等，而这个数目比起西班牙本土来还渺乎小焉。在西班牙有20万人被活活烧死，12万5千人判处绞刑、终身监禁等等。由于需要在意大利扩张势力和防止帝国的入侵，战费浩大，教皇需钱甚急，宗教裁判所也用着聚敛钱财的工具：凡被判处者，财产由教会没收，断绝继嗣。宗教裁判所成为中世纪“政教合一”镇压人

民的血腥暴政的体现。

（四）教皇握有策划和发动国际战争的无限战争权——十字军东征。

当穆罕默德（Muhammad，约570—630）在麦加创立伊斯兰教，以古兰经（Koran）为教义，并于七世纪统一阿拉伯半岛后，这个奉哈里发为"真主"化身的政教合一的帝国，日益强大。"圣城"耶路撒冷遂成为天主教、犹太教和伊斯兰教必争之地，"和平之城"就成了"战争之城"。罗马教皇为缓和天主教各国之间日益激化的矛盾，并垂涎东方的香料、珠宝、药材和瓷器等财富，乃于11—13世纪间通过各国君主之手，先后发动八次十字军东征，遂愿的仅为第一次。发动第一次东征的教皇乌尔班二世（Urban Ⅱ，1042—1099），于1095年在克勒蒙宗教会议上号召说："如果你们由于爱儿女、爱父母或爱妻子而顾虑重重，就该回想一下我主在福音中所说的话：'凡爱父母有甚于爱我者，对我来说就一文不值。''任何人为了我而抛弃房屋、兄弟、姐妹、父亲、母亲、妻子、儿女或土地，将得到百倍的报偿并将得到永生'。你们应捐弃彼此间的宿怨、结束彼此间的争吵，停止战争，抛开纷歧与争端。踏上通往圣墓的道路吧；从那个下贱民族的手里把土地夺回来，并把它收归已有。正象圣经上所说的，那土地上'漫溢着牛奶与蜂蜜'，是上帝授给以色列儿孙们掌管的。耶路撒冷是大地的中心；那土地象另一个欢乐的天堂一样，无比富饶。那地方因人类救世主的降临而变得灿烂辉煌；由于它的滞留而变得美仑美奂；由于它的受难而变得神圣不可侵犯；由于它的死亡而得到免罪；由于它的葬身而变得光采耀人。然而，这座位居大地中心的帝王

之城，如今被基督的敌人所占领，被那些不知道上帝的人们所屈服，受着异教徒的礼拜。因此，它寻求并渴望得救，并一刻不停地恳求你们的援助。它特别要求你们的救助，因为正如朕刚才所言，上帝赐与你们巨大的武功，胜似对所有其他的民族。因此，开始这次为你们罪恶的赦免所急需的征程吧，保证你们在天国得到不朽光荣的报偿。”当教皇乌尔班温雅雍容地讲着许多诸如此类的话时，所有到场的人齐声高呼：“这是上帝的愿望！这是上帝的愿望！”这就是一个序幕，在近两百年之久的时间里，基督教徒喊着“上帝希望这样”的口号，冲向喊着“真主是伟大的”穆斯林，在圣城耶路撒冷及其周围撕杀着。

托马斯·阿奎那与经院学派

教皇霸权依附圣经的理论根据，主要为稍迟的“经院哲学”所主张。“经院学派”的大师是托马斯·阿奎那(ThomasAquina,1226—1274)，意大利贵族出身，教会尊之为“天使长老”，死后六百零五年，即，1879年，由教皇利奥十三世(LeoXⅢ)宣布其学说为天主教官方哲学。伟大列宁说：“僧侣主义扼杀了亚里士多德哲学中活生生的东西，而使其中僵死的东西万古不朽。”① 为了论证教权所寄托的上帝的至尊地位，托马斯把他的《神学大全》(Summa Theological)建立在亚里士多德对质料与形式、存在和本质、潜势与动力的区分上，声称信仰和知识、现象和理智之间不存在任何矛盾。终极的真理就是上帝，它属于信仰而不属于知识的范畴。阿奎那的法学思想也套用亚里士多德

① 《列宁全集》，卷38，451页。

的“分类法”(普遍法与特定法)，把支配人类的法律分成四个主要的种类：一、永恒法是神旨据以创造和统治世界的计划。因此它把它的本性强加于万事万物，这样就用一种行为准则来约束它们。它主要存在于上帝心中，是上帝心中理念的范本。二、存在于被统治者的心中的，叫做自然法。由于在人的心中，理性有一种控制与指导的机能，自然法就是一种理性法。可以断言，自然法是建立在人的自然欲求或需要之上的，只有通过理性，人才能意识到自然法，因此理性可以说是在把它泄露出来；并且由于理性的作用，欲求也受到控制，因此理性可以说是在执行自然法。三、人在本性上是一种政治动物，也就是说，他必须生活在一个有组织的社会里。这就要有一种人类法，它是产生并植根于自然法之上的，也就是说后者要求国家给予支持；但是方式方法却是依靠实在法或人类法来决定的。四、最后是（实在的）神祉法；它是直接由上帝启示的，给人指出并使人能够达到与其说是他的自然的不如说是他的超自然的目的，因此它所考虑的东西不属于哲学而属于神学。阿奎那上述“四分法”的核心显而易见是神法。

所谓经院学派（Scholasticism）源于拉丁文Schola，意即英语的School（学校），它是中世纪的一种学习方法，它主要是以一本书为主要读物，如亚里士多德的逻辑学、欧几里德的几何学以及圣经等；其次是公开辩论，当时以哲学和神学为重点，亚里士多德为基督教的正宗。经院学派可分三个时期：（一）中世纪以十三世纪为黄金时代；（二）十六世纪以维多利亚、邵烈支为代表，但他们的经院哲学导致反神权的结论；（三）十九世纪新经院学派以教皇利奥十三世于

1865年召开第二次梵帝冈会议为顶点。

在中世纪鲍叶施（Boethius）是第一位翻译亚里士多德的逻辑学的人，目的是让人们了解基督教的教义，与此同时，奥古斯丁的柏拉图主义的名言："理解才能信仰，信仰才能理解"也甚嚣尘上。十二世纪末已开始大量翻译希腊文的文本。这就是经院学派开始兴起的一个基础。十六世纪（1540年）教皇保罗三世建立耶稣会，但思想界受到新教运动、伽利略和笛卡尔的影响，经院哲学起了一定的变化。但是烦琐主义是经院哲学的一个主要特征，到了阿奎那时代，甚至研究一个针尖上能站立几个天使的问题。这就是经院学派的简单介绍。

两把剑的学说

教皇权势的顶点，理论上表现为所谓"两把剑"的学说，这个学说起源于圣经《路加福音》（第22章38节）中的一句话："主啊，请看，这儿有两把剑。"事实上，早在公元十世纪，当教皇利奥三世在政局动荡、小国林立的情况下，选择强大的查理大帝予以加冕时，就行使了教皇干涉俗界事务的权力，也印证了圣经上的上面这句话，但还并不那么露骨。直到14世纪初叶，各王国得到巩固，民族意识抬头。特别是在法国，由于参加十字军东征、进行对英国的斗争以及积极镇压亚尔毕教派，这对教皇自称拥有遍及全球的财产权的主张形成对抗。封建地产是罗马教廷维持封建权益的命根子。卜尼法斯八世乃予以坚决的回击。他于1302年发表了一份诏书说，"在本教会的权力里有两把剑，那就是一把俗权的剑和一把僧权的剑。这是福音里的话"。1303年阿尔伯特一世曾承认"国王和皇帝都从教皇那里受权行使世俗的剑以

惩恶扬善”。这是卜尼法斯八世的胜利。但是意大利的杰出诗人兼思想家但丁（Dante，1265—1321）在所著《君政论》（De Monarchia）中，力主重建“世界帝国”的精神的、法律的和政治的基础，他认为国家的绝对独立将摧毁掉基督徒世界的统一与和平。但丁坚称有必要组成一个单一的帝国，所有的王国、公国和自由公社都要有一个在政治与民事事务中至尊的规范者、法官和仲裁人。这样的一个帝国乃是实现合作与团结一致的国际机构。他不承认教皇的世俗的剑而只承认它的精神的剑。但丁是有感于意大利国家政局动荡、教皇‘囚虏’于法国、日耳曼各王国的分崩离析以及教皇在重新统一基督教王国方面无能为力，才维护帝国权威的。勇武的亨利七世当选为皇帝，但丁认为实现了他的理想。但亨利七世虽对封建制度下的欧洲有所贡献，却赍志以殁。直到十五世纪西班牙多明我派神学家兼国际法学家维多利亚(Victoria,C1483—1564)，除著有反对教皇世界霸权卵翼下的西班牙在美洲的殖民权的《论晚近发现的印第安人》(De Indis recenter inventis)等国际法不朽著作(详下)外，他的光辉著作《论教会的权力》(De potestat Ecclesiam)用“以子之矛攻子之盾”的论证方法，引经据典，把教皇霸权的“理论根据”驳得体无完肤，从而掀起了反对世界霸权的斗争。

维多利亚反教皇霸权的光辉理论

（1）敌论：教皇英诺森说：“神界事物优先于俗界事物，犹如精神优先于肉体”；又《创世纪》(1418—1420)上说，上帝的祭司麦基洗德给世俗的王亚伯兰祝福，足见神权高于俗权。

驳论：《路加福音》（第22章25—26节）上说："外帮人有君王为主治理他们，那掌权管他们的称为恩主，但你们不可这样"；又《马太福音》（第20章23节）上说："正如人子来，不是要受人的服事，乃是要服事人，并且要舍命，作多人的赎价。"而且主说过："他们在统治，而不是我统治；君王起来了，而我不知道他们"；接下去圣人伯拉德说："到外边去，外边就是世界；但你不是以主的资格去的，而是作为上帝的管家"。足见主禁止他的门徒统治别人的欲望，他根本没授给他们以世界范围的主权。

（2）敌论（正确部分）：教皇英诺森曾说："他无权管理法兰克王国之世俗事务"，教皇亚历山大承认道："必须记住对物质的所有权的判决属于国王而不属于教会。而为了不轻视英国人的权利，我们把判决交给英王作主。"伯纳德给尤根尼乌写信说："你有权惩处罪恶（就是说在涉及道德的问题上你是有权的），但不是在物质产权方面；在前一问题上，的确，是上天的王国授权给你的。"他还补充说："这种重大的俗界事务，均从属于他们的法官和他们地上的君主。"以同一方式，英诺森三世说："我们将不试图对封邑下判决，因为这类问题应由国王判决。"（《教令集》Decretals, I i 13）

结论：教皇不能裁决涉及君主之争论，或涉及主权法律问题，或对各王国之统治提出要求；在民事案件中他也无权被诉请。这是因为他并非世俗的主宰。

（3）敌论：在神权理论中，教皇有着《两把剑》的学说，具有特殊意义。卜尼法斯解释说："除了上帝有权外，别人都无权。所有这一切都是上帝规定的；但如果一把

剑不从属另一把剑，它们就不能妥善地安排，因此，可以说，一把剑是次要的，是由某个代理人所强制以服务于最崇高的事业的”（《特谕集》Extrar, comm, I, viii, i)。英诺森的解释也相同（《教令集》，Decretals, VI, XVII, 13）。这“两把剑”就是神权和俗权的剑，教皇持有“两把剑”，就是他作为精神世界和物质世界之主宰的张本。(《伯纳德著作集》Bernard, BK. 4)。

驳论：“两把剑”的说法不能照字面理解。刚好相反，当基督向圣徒们指出，他们将遇到反对，他们必须有自卫之道时，他们误会了他的意思——说：“主啊，请看，这儿有两把剑。”（见《托奎马达著作集》Torquemada, BK. 2, c. 113—5)。

仅此数例，可见神学家兼国际法家的维多利亚在反对教皇世界霸权的斗争里是旗帜鲜明，锋芒犀利的。他在《晚近发现的印地安人》一书中一针见血地声言：“教皇不是世俗的主宰”。（第二部分提纲第三节Summary of The second section §3)他所创导的这一切理论，给国际法从神权束缚中的解放提供了必要的条件，也是国际法学家的第一份“反霸”宣言。

从维多利亚及其同时代人起，国际法理论开始了从神权向自然法的转变，从而掀开了“自然法学派”的历史新篇章。

国际法的“西方中心”论

国际法的“西方中心论”，事实上就是欧洲基督教中心论。这种以“教”划线的理论，以国际法为“基督教文明”的产物为基础，认为国际

法仅适用于欧洲基督教国家之间，欧洲以外的国家与地区均不享受国际法的保护，而只是听任宰割、奴役的对象。早在十六世纪，西班牙法学家约瑟夫·阿科斯达（J. Acosta, 1539—1600）在所著《在蛮族中布道》（De promulgatio Evangeli apud Barbaros）一书中，就把欧洲以外的国家一概斥为“蛮族”，并区分为三等：第一等是组成具有某种程度的文明的稳定而秩序井然的非基督教徒，例如土耳其人和中国人；第二等是建立在非法律基础之上的不稳定和无秩序的社会，如秘鲁人和墨西哥人；末一等是毫无社会秩序可言的吃人生番（Caribs）一流。阿科斯达是如实描绘了欧洲基督教大国对亚非拉待遇的“规格”的。甚至直到1883年，洛里默（J. Lorimer, 1818—1900）还在《国际法精义》（Institute of Law of Nations）一书中将人类分为三等，即文明人、不开化人和野蛮人，分别适用“完全的政治承认”、“部分的政治承认”和“自然的或单纯人类的承认”。属于第二类的是并非欧洲附属国的非欧洲国家，用洛里默的话说，“部分的政治承认”的范围包括土耳其的欧洲和亚洲部分，以及那些未成为欧洲附庸国的亚洲古国——即波斯和中亚其他个别国家，如中国、暹逻和日本。这种分类法无非是以基督教之名行“大国意志”之实的一种伪科学罢了。

现以上述两段话都提到的土耳其为例，揭示一下“西方中心”的实质：

意大利法学家贞提利（Gentili, 1552—1608）并不赞成宗教战争，并批判西班牙对印第安人所进行的征战，但对土耳其人的态度则大不相同。他批评法王弗朗西斯一世与苏赖曼苏丹结盟，认为基督教与异教君主的盟约是不能容忍的。

即使以“自然法”作为国际法基础的格劳秀斯，对非基督教国家也持区别对待的态度。他承认“自然法”允许与基督教敌人订约，但所有基督教君主应从事向信仰上之敌进攻的共同事业。莱布尼兹（Leibnitz，1646—1716）虽建议路易十四占领埃及而不要进攻荷兰。西班牙首相亚尔贝隆尼（Alberoni），1753年在洛桑曾出版一本名叫《红衣主教居鲁·亚尔贝隆尼的政治遗嘱》（Testament politique du Cardinal Jule Alberoni）的书，建议成立一个由欧洲君主的代表组成的大议会，但首先基督教部队应联合起来将土耳其人逐出欧洲。他还在另一本书中向日耳曼皇帝们献策：“他们有办法诱使帝国王公们联合全部力量去征服土耳其的领土，并以属于奥地利家族的德国领地奖赏这些向东方进军的王公……”（《美国国际法杂志》A.J.2.L，1913，vol.Ⅶ，p62）。即使在十七世纪后叶，确立了“教随国定”的原则，伊斯兰教的奥斯曼帝国仍被认为不属于“国际家庭”之内，事实上1792年以后，苏丹已在巴黎、伦敦、维也纳和柏林设立常驻使团，但到1814年召开维也纳会议时，沙皇亚历山大一世存心染指于苏丹统治权，坚持排斥土耳其于欧洲国际社会之外，仍以土耳其人为“蛮族”而拒绝邀请它参加。直到19世纪中叶的克里木战争（1856）后，列强签订的巴黎条约第7条才规定接受土耳其“公法和欧洲协调”之内。而土耳其能得到这一份“殊荣”，用卡斯尔雷（Castlereagh，1769—1882）的话说是，土耳其尽管是个“蛮族”，但是在欧洲体制中，它乃是一个“必要的罪恶”。这就把列强彼此争夺而要利用土耳其的丑恶用心合盘托出了。

所谓国际法是基督教的产物之说，上文介绍罗马教皇世

界霸权的部分，使我们更能了解它是何等荒谬。

迟到1936年，墨索里尼的法西斯意大利在入侵阿比西尼亚时使用膨胀性子弹，曾借口阿比西尼亚是基督教世界以外的国家，公认的战争法准则，即海牙和会（1899）第三宣言，在意—阿冲突中不能适用。

“欧洲中心论”的形成除了历史原因外，它也是过去三个世纪殖民活动与建立帝国的势力的产物。“欧洲中心论”，对殖民者来说，是建立和维护“集团精神”的重要手段，它也方便了所谓“文明国家”间的政治交往。事实上国家间的所谓“新”、“旧”之分，从历史上看，并不完全确切。现在参加国际上的政治和经济组织的所谓“新”国家，只是从狭隘的二十世纪中叶的历史观点出发的。在国际法上，“殖民地化”这个用语无非表示过去的主权者暂时失去法律能力。被殖民大国剥夺了政治自由的国家，不能说它们的“民族性”也被一扫而光，在它们一旦取得独立以后，它们首先关切的自然而然是根除殖民主义和改变由于经济掠夺、文化停滞和种族歧视所造成的局面。尽管遇到来自各方面的强大阻力，它们也发展与接受了国际法一般原则，象民族自决权，自然资源的永久主权，种族平等与非歧视原则等。再说也没有必要把“西方”的殖民大国看成“古老的”国家。应该说，亚非拉才是世界“文明古国”的荟萃之地。讲一句历史的公道话，所有的国家都是以陌生人的身份进入二十世纪中叶的困扰人心而又无比壮丽的现实的。

足见国际法的“西方中心论”是一种十足地道的伪科学。这是不容置辩的了。

归结起来，关于国际法的“神权阶段”，我们得出了如

下的几个结论：

（1）关于国际法的“起因”，我们认为“国际战场是战时法的第一座摇篮，国际市场是平时法的第一座温床。”

（2）罗马帝国的奴隶制“世界霸权”和罗马教皇的封建制“世界霸权”，它们与国际法的发展是形同冰炭，势如水火的，这也给国际法规定了反对一切霸权的天然属性；

（3）所谓国际法的“西方中心论”，无论从史实、从理论上来说，都是一种为“大国意志”涂脂抹粉的伪科学。

关于“神权阶段”就讲到这里。

第二章 “自然法学派”阶段

国际法上的“自然法学派”，就承上启下的关系来说，其前是“神法”，其后是“实在法”。对前者来说，“自然法学派”的兴起是一场革命；对后者来说，“自然法学派”的没落是一种新陈代谢。“自然法学派”从十五世纪到十八世纪初占尽满园春色，生机蓬勃，这是时势使然，而决非一个偶然的现象。

本书拟就“自然法学派”的有关问题作如下的论述：

“自然法学派”兴起的历史条件

（一）意大利和西班牙对国际法的贡献

约在公元11世纪古罗马法的研究就在意大利的波伦亚（Bologna）振兴起来，主要的研究方法是注释和解释文本，称为“注释学派”；13—15世纪，又兴起了一个评注学派，亦称“后期注释学派”。意大利位于地中海腹心地带，成为南来北往的交通枢纽。西班牙当时也是个商业大国。11—13世纪的十字军东征时，意大利城邦（如威尼斯）商人提供交通工具很卖力，从而取得从东方掳掠的战利品的一个很大的份额，因而这段时间经济空前繁荣。到1453年拜占庭帝国亡于土耳其，帝国所保存的古希腊和罗马作家的手稿，随着逃亡的学者集中到意大利和西班牙，这就促成了这两个地区对国际法的贡献。可归纳为

四点：

（1）意大利在当时是所谓“自治时代”，城邦间兼并激烈，特别是几个较大的城邦——米兰、威尼斯、弗罗伦萨和那不勒斯，为维持既得利益，实行所谓“均势原则”。英国国际法史学家布特勒(Butler)说“均势原则”是意大利民族对国际法的早期贡献，并开了后来欧洲政治局面的先例（布特勒和麦科比《国际法的发展》Butler and Macobby,The development of Int. Law,1928, London, pp67—68）

（2）学者间也有许多创见。如后期注释学派的代表人物巴尔图鲁（Bartolo,1313—1357）创立了被认为“国际私法”第一原则的“条例区别说”。意大利北部城邦取得独立后，都有权颁布其国内法，名曰“条例”。“条例区别说”肯定的是，各城邦相互冲突之法，应该服从大家都服从之法律准绳，各国均需保证所有侨民最低限度的权利和义务，并在一定范围内承认外国法律、判决及法令之权威。这种各国公认之法律，无疑也取得了国际法的性质。

（3）马克思说：“王权在混乱中代表着秩序，代表着正在形成的民族，而与各附属国分裂叛乱的状态相抗衡。在封建主义表层下形成着的一切革命因素都倾向王权，正象王权倾向于它们一样”①。维护王权，这正是当时法学家的任务。例如以巴尔图鲁（Bartolo, 1313—1357）及其门生巴尔杜（Baldus, 1327—1406）为代表的后期注释学派，维护最高世俗权威的皇权，反对教皇的渎求，因而偏袒强大的皇帝象巴巴罗萨（Barbarossa, 1152—1190）和腓德烈二世

---

① 《马克思恩格斯全集》，卷21，453页。

（1215—1250）。在他们的著作中，可以发现关于国家主权和国际法的论述。他们关于“主权在民”的论点，与内在权利和基本自由的属人法则一拍即合，备受器重。应予指出，巴尔图鲁认为意大利城邦事实上都是自由的和独立的。他的门生巴尔杜（Baldus,1327—1406）则更进一步，他接受了起源于法国的一种说法：“国王是他国境内的皇帝”。这一提法把皇帝的全部特权都赋与了国王。这个学说为国家主权理论奠定了基础。恩格斯说过，无论国王或市民都从成长着的法学家等级中找到了强大的支持。多年以后的法学家如博丹（Bodin）、贞提利(Gentili）、格劳秀斯（Grotius），思想上都属于巴尔图鲁学派。

（4）西班牙则在注释学派的基础上出现了一个灿烂辉煌的西班牙学派，代表人物为弗朗西斯科·维多利亚（Francisco Victoria，1483—1546），他举起了中世纪“反霸”的大旗，给了“神权”以直接打击，上一章已予介绍。他的自然法学说详下。

（二）大发现的时代

对国际法的发展来说，在中世纪末起了直接推动作用的，是两个大发现——发现宇宙新体系和发现美洲。美洲的发现扩大了习以为常的地球，并给欧洲资产阶级提供了未来的无限财富和世界统治的基础。同时，由于新的宇宙体系的发现，曾被当作宇宙中心的地球，在哲学家眼中，缩小成无垠中的一粒微尘，旧事物间的比例关系被彻底推翻了。新兴的资产阶级不再满足于在书本知识（那是过去的世界）中“探险”，而要在新世界里去“探险”了。这两个概念——地球扩大了又消失了，征服领土和发展事业的精神开放了——这

就是上升时期资产阶级的精神风貌和实践作风。

（三）人文主义思想家与国际法

1，托马斯·莫尔（More Sir Thomas, 1477—1535）：“新大陆”的发现在国际法中提出了新的课题，引起了新的争论，也促成了前所未有的巨大成就。首先应提到的是英国法学家、“空想社会主义”创立人托马斯·莫尔。他那宣传“公有制”的名著《乌托邦》，这个“乌有之乡”的原型是“阿布尔哈”岛。哥伦布第四次航行时的一个名叫海施洛兑（Hythlodaye）的水手，曾带领其他五名水手在那里消磨了10年之久，后回到安特卫普。当时莫尔正任英王亨利八世驻低地国家的大使，他有幸结识了海施洛兑，向之了解岛上的情况，并借用了哥伦布四次航行的材料，作为抒发他的政治理想的《乌托邦》一书的素材。“阿布尔哈”半岛有结成联盟的54个城邦，每个城邦有6千户人家，城市附近为农庄。犯罪的人沦为奴隶，因而丧失自由并被迫服役，但这只是一种惩罚而非身份，一旦改过自新就恢复自由。人们必须相信灵魂不灭，但不相信也不会受惩罚。财产公有是岛上社会组织的基础。在对外关系上，岛上因繁殖而人满为患时，就要用和平手段乃至武力去征服邻近的领土。他们认为这是战争之最正义的原因，因为任何私人拥有一块空着不用的土地，那不是一件好事而且也无益于人。这些话就涉及国际法上的“义战”理论了。——阿布尔哈岛上这些情况，在《乌托邦》一书中都有所表现。因此可以说，莫尔想象中的社会模式，是来自新大陆的发现的。而《乌托邦》一书中否认“合法的交战状态”、谴责“不必要的战争”、允许“外国流放者定居”等直接涉及国际法的许多章节，后来也影响了

格劳秀斯的著作。

2. 伊拉斯谟：莫尔的莫逆之交伊拉斯谟（D. Erasmus, 1469—1536），所著《基督教君主的创立者》（Institutor of the Christian Prince, 1515）一书，在西班牙忙于向美洲远征、西班牙传教士带着1492年编成的卡斯提语（即古西班牙语）语法书和新发现的印第安人接触时，提出了君主的责任是"保卫和平"、而君主的教育在于使他能"保卫和平"这样严肃的命题。伊拉斯谟宣布说："对人不存在对物那样的权利"；"人民的同意就是君主的出身"；"让贤明的君主努力追求既未为血迹所玷污亦非建立在别人的倒台上的光荣吧！因为在战争中，在最好的情况下，一方的幸运是对方的毁灭，而经常的情况是，胜利者也要为胜利付出令人落泪的高昂代价。"如果说哥伦布并非横渡大西洋到达新世界的第一人，然而新世界是通过他才为旧世界所了解的；如果说伊拉斯谟不是发出人文主义反对侵略战争呼声的第一人，然而这个呼声是通过他才成为全世界的普遍财富的。

3. 蒙田：蒙田（M. E. Montaigne, 1533—92）是使美洲进入世界文献的第一人。关于美洲他写过两本书：《吃人生番》和《家庭教师》，在前一本书中，他区分了美洲的"自然人"和欧洲的"自为人"，说"在理性规范方面，我们可以称他们为蛮族，但我们在'野蛮'的各个方面，并不比他们逊色"；"在美洲，胜利者把敌人烤来吃，但在我们这里是把人活活吃掉，这比吃死人更野蛮；以宗教和虔信的名义对人施行酷刑，这也一样"，"在那些国度里所发生的一切，超过了我们自诩为黄金时代的诗篇，他们所发现的

一切，都创造了个人安乐的条件”；“在那里有着更完善的宗教、政治和处理一切事物的方式方法”。蒙田还提出一份人们称之为“被告辩护状”的单子，其中有这样两条：“他们把一切东西都归公，因为他们得天独厚”；“他们无须扩大自己的疆域，不必为占有别人的土地而打仗。”蒙田曾在卢昂与美洲来客攀谈，他记述道：“他们感到惊奇：有许多人腰缠万贯，一掷千金，而有些人衣不蔽体，乞食街头，后者对这种不正义的待遇却安之若素，毫不反抗。”《家庭教师》一书出版于《吃人生番》后八年，当时法国正进行宗教战争，西班牙人正在镇压低地国家之反抗与起义，手段暴虐，举世震惊。蒙田说：“这是史无前例的。”他说：“残酷，无论是天生的还是判处的，是一切罪恶之尤”。由此可见，蒙田是怎样对待旧世界之征伐、掠夺和在新世界之牟利与剥削行为的。

鉴于西班牙征服者的兽行，蒙田认为有必要建立新的国际法，宣布上述行为为非法。西班牙传教士拉斯·卡萨斯（Las Casas，约1474—1566），在所著谴责西班牙征服者对印第安人的暴虐行径的《印第安人之绝灭简述》一书中也提出过同样的呼吁，但他用的文字外国人看不懂，而蒙田的语言却超出了国界。蒙田对“自然社会”及“自然人”与“自为社会”和“自为人”的对比流传了数百年。

4．培根：马克思誉为“英国唯物主义和整个现代实验科学的始祖”的培根（F．Bacon，1561—1628），在新大陆发现的启发下，在某些方面以莫尔的《乌托邦》为蓝本，于他逝世前几年，写成《新亚特兰迪斯》（New Atlomtis）一书，寄托了他的政治思想。这个岛有着由所罗门统治的专

制政府，每隔两年，派两艘船出外学习全世界的知识，特别是学习“科学、艺术、制造业和发明，也不忽视书籍、工具和模型等”。岛上的贸易限于“光明”——世界各地的成就。他进而提出要建立一个具有各种难以想象的装备的万能的科学实验室。宫廷将是科学和实验的中心。因此，培根这位于1592年执行律师业务的文化巨人，对美洲的兴趣不是政治家的、法学家的，而是科学家的。在1662年英国皇家学会成立后，世界各国的科学院象雨后春笋一般建立起来，这就是培根理想的实现。

新世界的发现对人类思想引起了如此深刻的变化，对国际法的影响则更为具体而深远。英国丘顿·科林斯（Churton Collins）讲过一句有份量的话：“《大交流协定》（Intercursus Magnus，详后《国际经济法论》）奠定了国际法的基础。”《大交流协定》是1496年英国和当时控制低地国家的勃艮第王室签定的一份政治—商业性条约，这是新大陆发现后四年的事。

（四）宗教改革对国际法的影响

到十六世纪，宗教改革中兴起的新教动摇了教皇的无所不在的权威，也同样打击了神圣罗马皇帝的皇权。马丁·路德（Martin Luther，1483—1546）反对教皇兜售“赎罪符”的“九十五条论纲”，于1517年贴上维滕贝格（Wittenberg）城堡教堂的大门后，复于1523年发表了论“俗权”的文章，区分了基督徒和公民、基督的王国和世俗的王国，论证了君主可以是一个基督徒，但并非作为基督徒进行统治，而是作为君主进行统治的。路德以“国教”代替“世界宗教”。他乞灵于“德意志神学”，希望教会的地域性质带上德国民族性，

而德国将同宗教改革同时扩张。他用德文重译《圣经》时写道："我不希望本书读者会认为摩西是希伯莱人"。这种德国主义的概念，是当作一面对抗罗马教廷、拉丁人和斯拉夫人的国家的战旗的。路德承认一国在外国法院的至尊权，即国家不受外国法院的管辖，因而推动了十六世纪封建专制政体的发展。在这方面，他甚至超过了他的同时代人马基雅维利（Machiavelli，1496—1527）。这表现在三个方面：首先，马基雅维利将宗教从属于国家之下，将宗教与道德目的从属于政治目的之下；而路德使宗教与宗教目的同国家分开，并取消了它的社会伦理的内在基础。其次，马基雅维利虽容许教会为一个自治体，但要求它不插手国家活动；路德剥夺了教会对国家的一切影响，还将教会本身从属于国家权力之下。最后，马基雅维利力求使用一切权力，并把权力置于一切道德和一切宗教之上；路德却神化了权力，而在剥夺它的伦理基础的情况下，将它置于一切社会关系之上。路德倡言的国家，实质上是一个极权国家，一切都还原于权力。因此路德是专制制度的鼓吹者。路德教派的势力确曾越过德国边界，传布到波罗的海各国，君主们领导了反叛——在挪威和丹麦，克里斯琴二世（Christian Ⅱ）的两个继承人——腓特烈一世和克里斯琴三世以及瑞典的古斯塔夫·瓦萨，都曾接受路德教。奥朗目的威廉亲王统治下的荷兰亦然。德属瑞士在兹温格利（Zwingli，1484—1531）主持下引进新教，但却赋予它以不同于路德教的特性，比路德更激进，更相信人民群众。就是在这个基础上，随着彼此对立的王权的加强，路德教对十六——十七世纪欧洲的无政府状态所引起的国际法的建立，是起过作用的。至于喀尔文教则属于

宗教改革的第二代，考虑更成熟了。喀尔文于1555——66年前后七年在日内瓦进行改革试验的"教会律令"中规定，内阁的部长可由考试、选举或推荐产生，这是符合新兴的资产阶级的要求的。喀尔文教传入正在抵抗查理五世及其子腓力二世的侵略和奴役的荷兰后，促成了荷兰资产阶级革命的成功。恩格斯说："喀尔文教在荷兰创造了一个新国家"。①这就具体说明了宗教改革对国际法的影响。

自然法学派面临的历史任务

资本主义生产力和生产关系的出现，给法学提出了一系列新的课题，法学家对此必须作出明确的而不是含糊其词的答案，提出可行的而不是徒托空言的解决。法学家面临的历史课题是：

1．首先是法律的基础问题。在各种契机的综合冲击下，神权摇摇欲坠，倡言自然理性的自然法应运而生。什么是自然理性？自然理性就是人类本性，也就是事物本性。例如，人类为什么有必要占有一样东西呢？因为它（1）有形体，便于占领。（2）有数量，易于罄竭。这就叫事物本性。俗称国际法"鼻祖"的格劳秀斯就是根据这一点，而不是根据神的意旨来说明"海洋自由"的。他说海水无边无际，流动不定，潮起潮落，汹涌澎湃，因此无法占有。海水浩渺无限，周而复始，无法罄竭，所以海洋不必也不能占有，因此海洋是自由的，这就是自然法的运用。

2．恩格斯说中世纪"一般针对封建制度发出的一切攻击，必然首先就是对教会的攻击。而一切革命的社会政治理

① 《马克思恩格斯选集》卷2，105页。

论大体上必然同时就是神学异端。如要触犯当时的社会制度，就必须从制度上剥去那一层神圣外衣”①。自然法就是以“自然理性”为武器向神学信仰进攻并实行冲锋陷阵的利器。因此我们从下面所要介绍的八位自然法学派国际法学家中间，都可以听到他们反对教皇霸权的强烈呼声，即使他们也经常回到神和神的意旨，但都摆脱了把信仰当作最高真理的封建迷信的枷锁。他们只是把“自然法”当做检验和批准一切理论和行为的最高准则。还要看到教会和封建残余势力对进步法学家的迫害，例如直到18世纪中叶，普鲁士的王公大人还曾把一个引用中国孔子的伦理学以反对神权的著名法学家沃尔夫（Wolff 1679—1754）驱逐出境，这也是神学幽灵不散的众多原因之一。

3．新的资产阶级国家在形成之中，法学必须解释新国家赖以建立的依据。因此自然法学派一般都主张历史上存在过一种“自然状态”，接着根据一种“社会契约”而成立了国家。这种国家学说也成为自然法学派国际法理论的一个重要的侧面，尽管国家的形成过程一般不属于国际法的范围。

4．关于自然法与国际法的关系问题，可分成两种类型：一元论〈自然法单一说／国际法单一说，二元论——主从（基础）说，但不等于并列说。

5．关于国际关系中的“热点”问题：如通商自由，航行自由，公海自由，大使豁免权，以及殖民权、战争权等等。它们如何受自然法支配的问题，这些都是资本主义兴起

① 《马克思恩格斯全集》卷7，400—1页。

后迫切需要解决的问题。

我们也可以用两句话来概括自然法学派面临的历史任务：

(a)粉碎以教皇世界霸权为核心的神权政治，这就是反封建的任务。

(b)为资本主义的兴起作解释和辩护，并为统治者出谋划策、也兼及批判。这种批判或者出自当时资产阶级人道主义的社会思潮，或者是由于看得远些、想得深些，但毕竟跳不出资本主义这个范围。可以说，自然法学派无非是资本主义制度的辩护士，但他们对历史的进展确实起过推动作用。

学者生平及学说介绍

"自然法学派"既然是肩负历史任务的学派，必有出类拔萃之士形成一个核心。现介绍自然法学派八位著名学者的生平和他们的学说如下：

(1)维多利亚：弗朗西斯科·维多利亚(F.Victoria，C，1483—1546)年幼时随其兄加入多明我教派，见习期满后，被送往巴黎该教派一所神学院深造。他住的地方圣雅克斯，就是18世纪末法国大革命时著名的雅各宾修道院。1521年他在索邦大学神学院得硕士学位。他是西班牙法学派的创立者，由于他树立的榜样，大多数西班牙神学家都摈弃了他们前辈们习以为常的那种粗糙的和武断的论证方式，在辩论中重视概念而不再刻意藻饰，神学研究也开始涉猎其他的科学部门。在巴黎，他经常与人文主义者们交往，16世纪初的新思潮对这个西班牙学者无疑产生过巨大的影响。

1521年他回到祖国，受命为瓦拉多里德的圣乔治多明我神学院第一任董事。自1526年直到逝世(1546)的20年间，

他一直担任萨拉曼卡大学首席神学教授。他治学谨严，谆谆善诱，在教学工作上，名重一时。他的一位高足阿方索(Alfonso)说，弗朗西斯科把神学从天上召唤到人间，正如同苏格拉底把哲学从天上召唤到人间一样。他留下的作品，就是他的门生汇编成册并于他死后在因戈尔施塔特出版的两卷集《神学论丛》(Theologicae Relectiones)，维护印第安人的权益、反对“世界霸权”就是这部作品的主题。

维多利亚所处的时代是产生他的光辉思想的摇篮。早在十一、二世纪，随着资本主义经济幼芽的萌发，在神圣罗马帝国所控制的近二千个基督教主权者中，就孵育着政治自由的渴望。这些基督教国家有宗教纽带相联系，信仰相同，使用着教会通用的拉丁文，彼此间承认某种平等关系，它们中至少没有哪个国家主张霸权或企图统治别国。到十四世纪末叶，法兰西诸王就主张他们的完全独立。英格兰也断然拒绝对皇帝的从属地位，英王爱德华二世(1284—1327)宣称：“英王对帝国所有臣民的统治是独立自主的”。皇帝的渎求在西班牙也受到抵制。法学家们断言，国际法将促成不同民族的组合，结果将建立起王国，推进政治社团的交往。神圣罗马帝国对国际法这个概念深恶痛绝，认为它将瓦解统一，造成帝国的崩溃。这些时代特征无疑在维氏学说中打上了深刻的烙印。

维多利亚的“自然法”

反对教皇和皇帝霸权的英勇战士弗朗西斯科·维多利亚，他对国际法的直接贡献在于将国际法突破欧洲范围而适用于全世界，不失为满足变动发展中之世界秩序的需要的法律奠基人。在《论晚近发现的印第安人》一书的第五节，他

根据“自然法”肯定了西班牙人在美洲访问、居留和通商的权利，但否定了屠杀无辜、奴役和占有的权利。他认为，“自然法”可接受为诸国在彼此关系中行动之准绳，但国际法不应从属于“自然法”，也不必单纯保持“自然法”。这是两个独立的体系，但两者间有一层深厚的关系，即在保卫“自然法”方面，国际法起主要作用，也就是说，国际法在对“自然法”的关系中是起保护作用的。关于“万国法”是否可与“自然法”分开的问题，维多利亚的答复是肯定的。他举例说，如果认为人性有下一要求，即社会应该分配财产，分配了社会治安得以保存，但也可能引起纠纷，可能引起不平等之占有。因此这一权利应予限制，这是一种来自“万国法”的权利。用维多利亚的原话来说：“系来自牢固建立在理性之上的人类成文法”。因此，“万国法”可以和“自然法”分开。当时法学家类皆认为“万国法”并非来自实在法而是来自“自然法”。首先，维氏说这个争论是用语之争，无关宏旨。其次他说，法学家“把‘万国法’弄得包罗万象，网罗了涉及‘自然法’之太多的东西，他们把乌尔庇安适用于动物界的法则也适用于人类”。维氏的说法是，“万国法”应置于实在法而非“自然法”的基础上。违犯“万国法”是否犯罪呢？“自然法”不是成文法，或者即使成文也不能拘束世上所有的人。维氏引用西班牙人杀死法国大使为例。这是违反“万国法”的。维氏说，“万国法”是双重的，正如同实在法是双重的一样。有种实在法来自私人的协议，而另一种来自公众的协议。和平是事物的正常状态，如无大使和平即无法实现。因此杀死大使乃违背“公众的协意”，这种违反“万国法”的行为就是犯罪。因此“万国法”无须“自

然法”批准，否则“万国法”将等于“自然法”，两个体系将变成一个体系。但“万国法”之一部分是可以发生变化的。例如战俘，最初是格杀勿论，其后作为奴隶，但随着时代的推移和条件的变化，他们被当作财产，可以随意占有、予以买卖、回赎乃至交换，甚至变成罗马法上的无主物。

综观维氏的“自然法”理论，四百年前这些见解尽管出自一位神学家笔下，到今天仍然熠熠生辉，光彩照人。这就是我们为什么推崇维多利亚的又一个理由。

维多利亚的万国法定义

维多利亚的定义(出处：De Indis recenter Inventis——《晚近发现的印第安人》)

“自然理性在所有国家之间建立的法，就叫做万国法”

根据维多利亚的“自然法”体系，“万国法不但具有人们之间公约和条约的力量，而且具有法律的力量；因为世界作为一个整体，在某些方面就是一个国家，有权立法，这种立法是公正的并适合所有人的，正如国内法规则一样。显而易见，那些违反万国法条规的人，不论平时还是战时，都犯了弥天大罪。在最严重的情况下，例如，侵犯大使，就不容许一国拒绝经全世界的权威所建立的万国法的约束”。维多利亚在定义里提到的“自然理性”，即使他从未加以解释，我们可以这样理解，他确实承认“自然法”是万国法的渊源，但却通过习惯并通过人类大多数之同意而有所修改和补充。因此，维多利亚的“自然理性”与“自然法”是有联系又有区别的。

此外，维多利亚定义最杰出之处，在于他率先使用了“国家之间”一词，这是国际法发展史上一个重大的突破，其结果是导致了“国际法”一词的产生。这个定义原系引用自《国法大全》中的《法学初阶》（Institutes, I,ii,1），原文是“人类之间”，维氏代以之“国家之间”，这样就明确了“万民法”即“国际法”的法律实质。直到1789年边沁（J.Bentham,1748—1826）在《道德与立法原则导言》（Introduction to the principles of Morals and Legislation,1789）一书中以一项语言学上的创新，发明了International（国际的）一词以后，“国际法”（International Law）这个词语就在英语世界中通行起来，其影响扩及全世界。但首创这个词语的第一功，也就是使国际法成为自成体系的科学的第一功，在国际法发展史上，还是维多利亚立下的。

（2）邵列支：弗朗西斯科·邵列支(Francisco Suarez）于1548年1月5日出生于格兰纳达，在西班牙的另一位大师弗朗西斯科·维多利亚死去不到一年半。1564年他进了萨拉曼卡的耶稣会，到1570年为止在那里学习哲学和神学。1572年受神父职，相继在亚维拉、塞哥维亚、瓦拉多利德、罗马（1592—1597）、亚尔卡拉（1585—1592）、萨拉曼卡（1592—1597）最后在科因布纳（1587—1616）执教。他于1617年9月25日逝世，写成并出版十二部关于神学和哲学问题的内容广泛而重要的作品，还有七部死后发表的其他著作，最后一部迟到1859年才发表。

从国际法角度来看，邵列支的其他作品，例如《战争论》（De bello）也很重要，但是他的完整的法律体系却见于

他的《论法和立法者的神》(De legibus ac Deo legislatore),此书于他死前五年(1612年)发表于科因布纳,他主持那里的大学的神学讲座。1944年此书收入《国际法经典著作丛书》(卡内吉和平基金),在伦敦出版英译本。

有人曾说,邵列支以大师的手笔记下了超越国家边界的一个人类社会的存在和这个社会必不可少的准则,人类理性是不足为所有准则提供所需要的论证力量的,但是人类社会有权用符合自然的、象法律一样具有强制力的习惯来弥补这个不足。邵列支在以自然法作为国际法的基础方面,堪称格劳秀斯和普芬道夫的先驱。

邵列支的"自然法"

他师承托马斯·阿奎那,但他的"自然法"理论却较少神学色彩。邵列支是清楚地看出"万国法"一词的含混内涵的第一人。他区分了"万国法"与"民法",但认为国家间的关系首先受制约于神学渊源的"自然法",然而他对这种"自然法"却是以世俗的或"人类"的而非宗教的语言来加以阐述的。在《论法和立法者的神》一书里,他宣称人民是政治权势的原始拥有者,国家是人民同意的社会契约的结果。在《战争与印第安人》(De Bellv et de Indis)一书中,他批判了西班牙人对印第安人的胡作非为,并论证了个人生命、自由和财产的自然权利。他并认为和约与休战条约之必须遵守的义务,是来自"自然法"。他甚至在这方面把"自然法"的作用推向极端,认为"自然法"可以决定条约之是否应予同意或应予拒绝的问题,这就把政策或道义考虑混同于"自然法"了。他的下面一段经常被引用的话,奠定了他在国际法史上的地位:

“人类尽管区分为不同的民族与国家，但仍有某些一致之处，他们不仅是同一个种类，而且在政治和道德上亦然，正如相互之爱和仁慈观点所表明的那样，这种爱和仁慈扩及于所有任何民族的异邦人，因此，无论哪个完整的政体，共和国或王国，由它的成员所构成，在与人类的关系上，每个这种共同体在某种意义上都是这个普遍社会之一员。真实的情况是，这些共同体，单个的来说，决非如此自给自足，以致无须互相帮助、联合或往来，如同经验表明的那样，有时为了它们的福利或好处，有时出于一种道义需要或经济贫乏，它们是有此需要的。为此理由，它们需要一种法律，在交往与协作中从而受到指导与正确之命令。在很大程度上，这是由自然理性完成的，但也并非到处完全或直接如此。因此，某些特殊规则，应该由这些国家的习惯来建立。”（《论法和立法者的神》，Ⅱ,19,19）

这段话摆脱了神学的呓语，并指出国际交往的经济基础，这是应予充分肯定的。但这段话也包含下列局限性：

1．把所谓“人类爱”（“爱和仁慈”）夸大为国际法的基础，完全排斥了传统国际法的阶级内容。

2．把所谓“特殊规则”（即实在国际法）之建立仅限于国际“习惯”，完全排斥了条约的造法作用。

3．在这段话里，“自然法”是第一位的，“万国法”是第二位的，而对“万国法”为什么要由“自然法”来充实的道理，一字未提。但邵列支既为“自然法学派”法学家，这在他也许是“自明之理”，我们的意见也许是苛求于古人了。

邵列支的万国法定义

邵列支的定义（F. Suarez, 1548—1617）〔出处：Tractatus de Legibus ac Deo Legistratore—《论法和立法者的神》〕

"万国法是所有的人民和国家彼此间都应遵守之法"。

在这个定义里，国际法的本质意义比维利亚更进一步地明确起来，与"民法"（即各国为自身所立之法）截然区别开来，但在国际法起源的阐述上，他又比维多利亚退后了一步，在他的体系中，他那"应遵守之法"首先是源于神学的"自然法"。

（3）贞提利：贞提利（Alberico Gentili 1552—1608）出生于意大利，其父为医生，子女七人，贞提利为长子。父为新教徒，由于宗教裁判所的迫害，不得不偕贞提利出走奥地利，并在那里担任御医。也由于教皇淫威的肆虐，父子复被迫离开奥地利领土。贞提利二十岁时获民法博士学位。贞提利并曾在海得堡大学受聘为教授。此后他曾当法官，后又当过律师，并经常在市政法规问题上受到当局的咨询。数月后（1580秋）他前往英国，受到意大利新教流亡者的欢迎。1581年他在牛津大学任民法讲师，他以教学、"辩论术"和著作而获得民法学家的盛誉，代表作是《战争法三卷集》（1598）。

1584年英国政府就西班牙大使门多萨（Mendoza）事件征询贞提利的意见。这位西班牙大使被控参与解救玛丽·斯图亚特废黜伊丽莎白女王的阴谋。尽管对西班牙大使的恶劣行径深恶痛绝，贞提利仍遵循使节不可侵犯的原则。英政

府原来打算对门多萨采取严厉制裁，枢密院某些成员论证说：“他让违背万国法的国家来保护他，这是徒劳无益的。”然而贞提利的意见占了上风。政府下令将违法的大使驱逐出境，并派遣枢密院一名秘书去向西班牙当局解释这一行动的理由。从这一事件，可以看出贞提利的强烈的法律意识，在当时这是难能可贵的。

贞提利对当时许多重大的问题，诸如政治、神学、伦理、哲学、社会和决疑术方面，都有所论述。法学著作中，除民法和古代战争实践的论文外，最主要的是《战争法》（Jure belli）一书，共分三卷，第一卷是《战争法总论》（Prima commenfatpo de jure belli）于1588年（西班牙无敌舰队复灭的那一年）出版于伦敦，主要讨论谁有进行战争的资格以及怎样的动机或理由能使之合法化。第二卷及第三卷于1589年出版。第二卷提出从事战争作业的合法方式；宣战；公开的战争开始后所允许和所禁止的行为、间谍、毒物和奸计之使用；战场上敌军人员以及非战斗人员之待遇；俘虏与人质；指挥官缔约及休战等等。第三卷讨论战争之结束，军事占领之权利，战胜国对战败国之人民与财产的权利，以及和平之建立。总之，《战争法》所回答的问题是：战争应在何种情况下正义地开始、从事与结束。这三本书于1598年在汉瑙（普鲁士）以合订本出版，取名《战争法三卷集》（De jure belli libri tres）。贞提利的这部书及其他著作，于1603年被列为教廷禁书。

《西班牙辩护状》（Hispanica Advocatio）一书，系贞提利担任西班牙法律顾问时为对付尼德兰所写。西班牙与荷兰交战期间，后者主张有权在英国水域内捕获西班牙船

只。贞提利除引用历史先例及适用罗马法规范外，还对领土主权（包括在邻近海域之专属管辖权）理论作了精确而有力的论证，主张中立国的领海是排斥别国的战争行为的，从而奠定了交战国与中立国相互权利与义务的基本原则。在这个重大问题上，贞提利迈出了决定性的一步，他的上述结论极大程度地预见到现代国际法的发展。

贞提利援引自然法原则，部分是为了解释国际法的最终渊源，部分是为了支持实在法的论断，而在这样做的时候，正象弗朗西斯科·维多利亚否认教皇在世俗事务中为"世界主子"并反对皇帝为所谓太上皇并认为这些都违反"自然法"、神法或人法一样，贞提利则采取了新教徒的观点，强调国家主权以对抗教会法所推崇的罗马天主教的观点。这是贞提利的杰出之处。

他从"人性"解释了战争的起源。他说人和人天生就是相亲相爱的。争端之所以产生，是由于人类的过错，因为人类是不安宁的和未驯化的，并且象萨卢斯特所说的那样，经常进行争取自由、荣誉和霸权的斗争。其原因并非在于行星的运行或旋转，亦非命运使然，而是象最伟大的权威阿戛施亚斯所说，是由于人们的野心和不公道。因此人与人之间并不存在天然的反感。甚至在同种的野蛮人之间也不存在嫌忌；因此在人们之间根本不存在这种感情。'狗不吃狗'。魔鬼不折腾魔鬼。吃同类动物的只有天鹅，蜜蜂有时也打仗。与同类动物相斗的动物只占少数。

正如亚里士多德所提出的那样，即使这种斗争也不是没有理由的；他还说过，如果确有理由打仗的话，人们彼此之间也经常打仗。但是这个原因并不是自然的原因，而是各

式各样的原因。人类并非天生彼此为敌。（《战争法》p. 54—55）。但贞提利也据此反对亚里士多德的说法："蛮族"天生是奴隶，因此对他们作战是正义的，就象打猎一样；他也反对下一说法，即巴勒斯坦人民是犹太人的天然敌人，撒拉逊人是基督徒的天然敌人，更反对说什么打仗是全人类的天性，以及说什么造物主是着眼于战争来安排事物的秩序的。贞提利的这种"战争观"尽管是唯心论的"人性论"的翻版，但是在保证当时资本主义利益的发展方面，也不无进步意义。

（4）霍布斯：霍布斯的理论，西方称为是达尔文主义出现以前最重要的理论之一。霍布斯(Hobbes 1588—1679)，英国人，其父为牧师，他为次子。六岁时开始学习拉丁文和希腊文，1607年在牛津大学获学士学位，并成为德文郡子爵威廉·卡温笛施的家庭教师，二十年间维持这一职务。1631年他漫游欧洲，1637年归国。在大陆的旅行中，他结识了当时许多科学家，如伽利略（Galileo，1564—1642）和笛卡尔（Descartes，1596—1650），并与弗朗西斯·培根过从甚密，但著作中很少引用培根的话，也看不出他受培根哲学思想直接影响的痕迹。然而他的法学思想则是受到这位大法官的影响的。他的代表作是《利维坦》（Leviathan，海中怪兽，巨物），1651年在伦敦出版。霍布斯受到指责，说他的作品支持了克伦威尔，并导致了大革命。但这一指责与他完全不搭界。霍布斯的《利维坦》一书是坚决捍卫斯图亚特王朝的事业和皇家特权的。1640年在国王查理一世的宝座摇摇欲坠时，他离开英国，在留居法国期间，他曾任被放逐的僭位者、未来的查理二世的教习。尽管在1651年他确实与共和国

妥协。在晚年，他声名日隆，在国内和国外，有人把他当偶像崇拜，也有人攻击他。对某些人来说，霍布斯主义成为一种罪恶。1734年前后，他被认为是典型的无神论者、唯物主义者、专制主义者。

霍布斯早生于博丹约一个世纪，他的名著《利维坦》所包括的规划，不追述该书写成的时代及其针对的环境，是无法理解的。当时英国正在进行内战。国王和众议院正在争论英国的至尊地位。主教派和长老派的教士们正在为各自教派的观点而争吵不休。国家在政治和宗教上濒于分裂的边缘。霍布斯对所有教派都同样忌恨：不论是圣公会的神权理论还是长老会的人民与上帝的契约论。他也不愿将社会立基于暴力之上，因为在暴力中他找不到正义或道德义务的基础。因此他执着于契约概念。但是这是一种新的类型的契约，不是本身可以撤回的、同主权者缔结的契约，而是一种不给予暴乱余地的契约。眼见周围的倾轧和混乱，以及人们被彼此冲突的权势欲望所分裂，霍布斯认为需要三样东西：（1）为权力找一个永恒的和不容推翻的基础；（2）使权力成为唯一的和不可分割的；（3）使权力成为绝对的和无限制的。有鉴于十三世纪将政府建立在主权者与人民间的契约上的理论漏洞百出，他把主权建立在社会成员彼此间将他们某些权利和权力统统交给一个人（或机构）之手的契约之上，这个被授权的人（或机构）就是主权者，由于主权者并非契约的当事人，而契约是人民彼此间缔结的，也就不能自己取消它了。主权者的权力因此就是永恒的和无限的了；象博丹的主权者一样，他也不受任何早先存在的制度的约束。由于人民事先批准了他的一切行为，他的所作所为，

不论如何粗暴，都是正义的，使别人没有抱怨的余地。他的权力是为自然法所认可的，因为基本的自然法有三条：（1）所有的人都应尽力确保和平；（2）当大多数人都放弃其原始权利时，个别人也应放弃；（3）每个人都应遵守他所立下的契约，当然包括这一最高的契约。

霍布斯学说的缺点是（1）混淆了两种有本质区别的东西——即法律与事实；（2）对史料的杜撰；（3）对过去和现在的绝大多数国家，他的理论不能适用。

霍布斯的自然法

将国际法向世俗法推进一大步的是霍布斯。他的推理的准确和论证的深刻远远超出马基亚维里（Machiavelli，1469—1527）愤世嫉俗的理论之上。霍布斯的"自然法"是从人类太古的"自然状态"这个古老的概念出发的。这个源于神学的概念，在他笔下却写成社会之内的原始状态。在此状态中，"组织"这个观念被排除，人们按照原始的内在品质的作用而活动。霍布斯认为当时初民仅仅是为了夺取更多的权力，便从事人人为敌、彼此厮杀的战争。不过自我保存的基本冲动提示人，什么场合动武才合算，这就是导致和平与安全的有远见的过程，这也是人类最深刻的愿望。正是从这一个人主义的和社会的本能，而不是从什么更高的道德规范，才形成了"自然法"。这个"自然法"并非通常所说的"法"，它意味着为了自保和自卫而如何行动的判断。

"自然法"的被排斥于社会之外，照霍布斯看来，是自然状态结束之时，人们通过社会契约组成一个国家，主权者的意志就是法，而这是真正的法。但主权者之间也处于彼此敌对的自然状态，以欺骗和暴行为特征的"野蛮的掠夺"盛

行于他们之间。他们“处于不断的妒嫉和斗剑士的姿态之中，拿着他们的武器彼此指点着，他们的眼睛彼此死盯着。”在这里，为了自保和自卫的有见识的愿望，也在这些主权者（国家）之间起作用，这也是一种“自然法”的表现，霍布斯称之为万国法。事实上各国在它们的相互关系中，遵循一种彼此不同的决定原则。这就是他的“自然法”的原则。总之，他这种从赤裸裸的毫无限制的个人自私自利而来的“自然法”，是反基督教的，或者，显而易见，至少是世俗的。

格劳秀斯与他之间的分歧源于对人性的理解：前者认为人类是“社会动物”，后者认为是“野性动物”。

在霍布斯的理论中，“自保”的本能推动人类的全部活动，并驾临人类道德之上。老实说，道德不过是有意识的“自保”。人类的自然条件是人人为敌，这就是国际社会的“自然法”了。

（5）格劳秀斯：荷兰法学家格劳秀斯(Grotius 1583—1645）幼时颖慧过人，11岁就读于莱登大学，三年后出版一部拉丁文诗集，15岁为法王亨利四世引见，誉为“荷兰一奇迹！”并接受奥尔良大学法博士学位。1603年受命为荷兰史编修官。他是由于一个法律案件偶然涉猎国际法而终于名世的。1601年荷兰正与西班牙交战，荷属东印度公司一支船队在马六甲海峡附近捕获一艘葡萄牙船，当时葡萄牙为西班牙属地。该葡萄牙船及其贵重船货被带往荷兰并作为战时捕获物发卖了。公司股东中有人反对这一做法，宣称基督教国家间不应发动战争。公司就此事征询年轻的格劳秀斯的意见，格氏乃于1604—1605年冬季写成《论捕获法》(De Jure Praedae）一书。1609年他将该书第十二章、一本不到八十

页的小册子《自由的海洋》（Mare Liberum）匿名发表，以“自然法”为依据，宣布罗马教皇赋与西班牙的海上霸权为非法，主张“贸易自由”和“航行自由”。1618年他卷入一场政治与宗教争端，以“叛国罪”受鞫讯，他的保护人被送上断头台，他被判处终生监禁。1621年，他在随侍在侧的妻子的巧妙安排下，藏在装书的大箱里，从监禁地罗维斯退因（Loevestein）要塞侥幸脱身，化装泥水匠逃抵巴黎，受到法王和朋友们的接待。自1622至1624年，他用两年时间对“论捕获法”的旧稿加以修订充实，写成他的传世之作《战争与和平法三卷集》（Jure Belli ac pacis Libri tri, 1625）献给法王路易十三。当时三十年战争（1618—1648）进行方酣。格劳秀斯希望通过他所掌握的法理学、哲学和神学的渊博知识，说服当权者，以恢复法制与和平；同时，作为一个毫无地位的流亡者，他也希望引以自荐。他的著作立即得到高度赞赏。1634年，在瑞典女王克里斯丁娜（Christina）的赏识下，他受命为瑞典驻巴黎大使。1645年他被召回，在斯德哥尔摩受到盛大欢迎，但却没有新的任命。他未对任何人表明他的意图便悄然出走。他乘坐的船在波罗的海遇到风暴，在波美拉尼亚海岸触礁。格劳秀斯精疲力竭，乘坐一辆敞篷运货车希望到达卢卑克，但离开罗斯托克不远就死去了。终年62岁。他在自拟的墓志铭上自称：“荷兰人、囚徒和流亡犯——伟大瑞典的大使，长眠于此”。这位伟大法学家的一生是富有传奇色彩的。他的那部国际法巨著，在17世纪末叶以前，拉丁文原著翻译成西班牙文、荷兰文、英文、法文、德文等语种，一个半世纪共发行45版，几乎每三年内一版，在欧洲所有的大学用作教科书。瑞典国王阿道尔夫·古斯塔夫

高度评价这本书，在军旅途中也随身携带，在吕岑(Lutzen)阵亡（1632）之后，人们还在他的枕头底下找到一本和圣经放在一起，足见此著影响之大。

格劳秀斯的“自然法”

他认为国际法应受“自然法”的约束，“自然法”是基于人类的本性而独立于“上帝”的干预的。他的“自然法”概念的基础是“人类本性”。他说，“尽管人类确实是一种动物，但他是一种非同寻常的动物，比起其他动物间彼此的差异来，它要不同得多，这可见之于人类所特有的许多行为之中。人类所特有的属性之一是渴求社会生活——即同他的同类彼此交往，但并非单纯的交往，而是一种平静的联系，即同他的智能性质适合的联系。这种联系，斯多噶派称之为‘群性’”。他还说，“我们已概括提到的那种同人类智能的本性相符合的对社会的关心，正是严格意义下的法律的渊源。”“人类本性”是法律的渊源，这个主张是贯穿格劳秀斯著作的一根基本线索。“人类本性”为“自然本性”在人身上的表现，因此归根到底，格劳秀斯“自然法”的基础是“自然本性”。例如他在论证海洋无法占有时，即提到水的“自然本性”——无法限制也不能分割，从而驳斥了西班牙的海上霸权，尽管他是从荷兰的国家利益出发的。他给“自然法”下的定义是：“‘自然法’是正当理性的‘命令’(dictatum)，表明任何行为具有道德上的必要或具有道德上的堕落，根据它是否符合合理本性而定，因此这一行为是由‘自然’的缔造者上帝所命令或禁止的”。格劳秀斯未能将法律与道德、法律与宗教断然分开，未能完全摆脱流行于他当时的伦理哲学那种首尾不一的和武断的概念，这一点是

应该承认的。但他的卓越勋绩却不容抹煞。在那惨无人道、破坏一切的“三十年战争”的年代里，他是第一个发现一种权利原则和社会基础的人，并非得自教会或圣经，亦非得自个人的孤独存在，而是得自人的社会关系。正是通过格劳秀斯的著作，自然法概念影响了洛克、卢梭和其后许多作家的伦理和政治思想。

格劳秀斯反驳昔兰尼(Cyrene)的卡涅狄斯（Carneades，前213--128）的“功利”是法律的渊源并否认“自然法”之存在的观点。卡涅狄斯为所谓“第三学派”或“新学派”创立人，于前137年引退。死前不久不幸双目失明。他在希腊和罗马享有盛誉，但无任何著作流传于世。他以一种新的自成体系的形式批判了神学观点，特别是斯多噶派的神学观点，反对任何宿命论，反对占卜（预言），他深入地钻研了希腊一罗马的后期思想。他讲学的课题在罗马是一个激烈的争端，特别是在法律问题上。他的怀疑派哲学的最大特点是“盖然性”理论，他否认真知的任何可能性，这一论点导致下判断的停顿。卡涅狄斯是古代怀疑学派的一位大师。格劳秀斯批判他的法律观说：“所谓功利是正义和权利的母亲，这种说法是不对的。因为‘自然法’的母亲是人类本性。即使我们并不为其他什么要求所驱使，人类本性也会使我们渴求社会互助生活。民法的母亲是契约义务，而契约拘束力来自‘自然法’，因此‘自然法’可以说是民法的祖母。”但格劳秀斯并未完全否认功利的作用，他接着说：“功利补充自然法。”然后他据此提出了“自然法”与“万国法”的区别。他说：“正如各国的法律考虑该国的功利一样，因此，在所有国家，至少在大多数国家间，也由于同意而创造某些

法律——看来这些法律已经创建起来了——这些法律都考虑功利，并非特定国家的、而是许多国家集体的功利。这就是所谓'万国法'，我们也据此将它区别于自然法"。格劳秀斯的这一区别，使万国法取得了独立存在的权利。

格劳秀斯的"自然法"毕竟没有神学色彩，他说："自然法是不能改变的，就连上帝本身也不能改变它。因为即使上帝法力无边，有些事情它也无能为力……例如上帝无法使二加二不等于四，同样，它也不能把根据理性看来本质上是恶的变成善……因此，上帝本身也要受这条准则的裁决。"此外，他还说："自然法"是可以实现的，"即使必须犯极大的罪恶才能被容许，即不承认上帝或者说人类的事业与上帝无涉。"但另一方面，格氏也说过与此相反的话，例如他说："法律的另一个渊源，即自然渊源以外的渊源……那就是上帝的自由意志"。然而这些向宗教妥协的话，并未使格劳秀斯的著作从教会的仇视下幸免，教皇终于把它列入"禁书目录"。应该说这是他的殊荣。否则，人们会误信作者袒护了一个践踏所有"自然法"和国际法的霸主的主张和利益。

格劳秀斯的万国法定义

格劳秀斯（Grotius，1583—1645）的定义〔出处：De Jure Belli ac pacis——《论战争与和平法》〕

"万国法从所有国家的共同意志得到它的拘束力。我要补充一句：'从许多国家的共同意志'，因为在自然法（它也经常被称为万国法）之外，几乎没有对所有国家为共同之法。事实上，经常的情况是，世界部分地区

所通行之万国法，在别处不一定通行，我们将在讨论俘虏及战后复原权的场合予以申述。万国法之证明一如不成文之国内法的证明。它见之于被信守的习惯以及那些精于此道的人们的阐述。”

格劳秀斯的这个定义，史称“实在法学派”和“自然法学派”的折衷。这一点可见之于定义的字面。其中“实在法学派”的表述是，他提到国际法的拘束力来自国家的“共同意志”，这与维多利亚的体系是一脉相承的，但提得明确，讲得果断，也是难能可贵的；此外，他还提到国际法的证明，是被信守的“习惯”和“专家”的“学说”，这些也都是“实在法学派”确认的国际法“渊源”。他借用亚里士多德的说法，将法律分成“自然法”和“意志法”，确认“万国法”属于“意志法”，这种代表新生的资产阶级立场的提法，革命导师马克思曾赞之为“用人的眼光来观察国家，并从理性和经验而不是从神学推论出他的自然法。”①

但与此同时，格劳秀斯又宣布“自然法”就是“万国法”，而且唯有“自然法”才是“万国法”。“自然法”，不论是神学的还是世俗的，其阶级属性大抵还是封建的；而“实在法”则是资本主义的产物。足见处在封建制度向资本主义制度过渡时期的十七世纪初期，格劳秀斯在“自然法”与“实在法”之间的折衷立场是打上了他所处的时代的烙印的。

定义中提到的“战俘”问题，格劳秀斯所论如下：(一)战俘不论男女都不能幸免一死，万国法也不能剥夺这种处死

---

① 《马克思恩格斯全集》，卷1，8页。

权，除非各国的国内法对之有所限制，因而各国不同；（二）基督教国家间所获战俘，不能作为奴隶，习惯是拘留起来以待对方用赎金赎回。这个权利一般属于俘获者个人；至于高级官员，根据许多民族的习惯，其赎金归国家所有；（三）罗马人在“攻城槌”槌击围城的城墙前投降的敌人给予生路，当代的习惯也一样，在易攻难守的地方，如果他们在大炮开火以前投降；在设防坚固的地方，如果他们在强攻部队进发以前投降，都可得到宽待。关于“战后复原权”问题格劳秀斯所论如下：“战后复原权”是回到公开的边界之内所产生的一种权利。所谓边界，可能是本国的边界或者是战时一个盟国的边界。回到中立国的领土时，除非另有特殊的协定，是享受不到此项权利的。此项权利既涉及人身又涉及财产。第三国的臣民偶然来到交战国领土并在战争期间被扣留者，和平一旦恢复就获得自由。战时被没收之奴隶及其他财产在和平恢复时期即物归原主，除非另有明确之相反的规定。战争期间一个自由民拥有因回国而取得“战后复原权”的权利。因此，他不仅是恢复自由，而且是恢复对他在任何一个已经媾和的国家的有形或无形财产的全部所有权。然而，那些曾经自行投降或在休战期间投降的人是不能享有“战后复原权”的。这种权利可以属于一个民族或属于个别人。当奴隶回到其主子真正的或潜在的权力之下时，主人即因“战后复原权”而重新占有奴隶。当敌人被逐出占领区时，地产亦因同样权利而恢复。动产一般是不因“战后复原权”而恢复的。罗马人不但在公开战争场合，而且在罗马同外族战争场合也都承认因而产生之“战后复原权”。交战状态以外之没收的可能性，早已不为基督教甚至

伊斯兰教徒所承认，但是如果我们需要对付一种人，他们是如此野蛮，未经宣战、也不提出任何理由，以一种敌对方式，对所有外国人和财产主张一种法律权利——这种权利就仍然是非法的。

以上就是格劳秀斯定义的简单解释。他的学说对国际法发展的影响是巨大的。格劳秀斯的“折衷派”立场，同以后的“自然法学派”和“实在法学派”鼎足而立的局面的形成息息相关，而以普芬道夫为首的“国际法否定派”，则是师承格劳秀斯的“自然法”推向极端而自成体系的。可以说格劳秀斯在国际法发展史上是居于承上启下继往开来的地位。

格劳秀斯的著作在1626年被列入天主教禁书目录，但却有一个但书：“donce corigatur”（直到修订为止），原因不详。直到1899年禁令才解除。这说明在19世纪以前天主教会一直阻碍着国际法的发展。到20世纪情况就好转了。1915年英国成立了一个研究国际法的著名学会，取名格劳秀斯学会。不久，1920年协约国向尼德兰要求引渡德皇威廉时，它们引用了格劳秀斯的著作。1925年是《战争与和平法》发表三百周年，出现了研究格劳秀斯的热潮，涌现出数量惊人的出版物，对格劳秀斯著作的兴趣处于方兴未艾之中。在反希特勒德国的战斗中，美国在参战以前，曾通过总检查长（后为最高法院法官）杰克逊引用格劳秀斯的著作来支持对交战国德国区别对待的政策和惩处战犯的主张。凡此足见格劳秀斯著作的重大意义。

（6）普芬道夫：普芬道夫（Samuel Puffendorf，1632—1694）于1632年1月24日出生于普鲁士萨克森，与洛克（Looke，1632—1704）和斯宾诺莎（Spinoza，1632—1677）

同年出生。早年他在莱比锡攻读神学，不久即转攻法学。

在三十年战争后，在文化发达的国家里，学者和舆论界的注意力日益为数学和物理学所吸引。特别是数学，在人们的精神生活中占了突出地位。笛卡尔（Descarts，1596—1650）给这门科学灌注了新的生命，几乎没有哪个有教养的人不在自己的行当里发展数学方法或在别的知识领域中加以运用。这种说法不仅反映牛顿（1642—1727）和莱布尼兹（Leibniz，1646—1716）的情况，也反映了普芬道夫其他同时代人的情况。例如斯宾诺莎就曾企图讲授有关数学方法的哲学。普芬道夫受这种时代风尚的影响也就不足为奇了。在耶那大学他不仅学习自然法，也学习数学。这两门在今天看来几乎风马牛不相及的科学，当时却由同一位著名的数学家魏格尔（Weigel）教授在讲授。普芬道夫终其一生衷心钦佩这位杰出的老师，甚至在普芬道夫日后的著作中，我们有时也会找到魏格尔言论的引文。这位老师的方法对他的学生的第一部重要作品的形式起过决定性的影响。正是在这种影响下，普芬道夫于1658年在丹麦8个月的监狱生活中，写成了他的最重要的作品《普遍法理学精义两卷集》(Elementa jurisprudentiae universadis libri duo）的初稿，后于1660年在海牙出版。他的这次入狱，是因为他在哥本哈根担任瑞典公使科埃特的家庭教师，时值丹麦和瑞典开战，丹麦人在公使潜逃后便把连同家庭教师在内的公使随员逮捕入狱。这部狱中写成的初稿，限于条件，没有能参考任何学术著作，普芬道夫只是凭着记忆，根据格劳秀斯、霍布斯特别是魏格尔教授的学说，为了消遣而随手记下一种自成体系的法理学纲要，1661年献给了帕拉丁选侯卡尔·路德维希，选

侯聘请普芬道夫到海登堡大学担任“自然法与万国法”教授，这是历史上第一个国际法讲座。1671年普芬道夫辞掉了海登堡的教席，应瑞典国王查理十一之请，在隆德(Lund)大学担任法理学的首席教授。执教两年以后，普芬道夫就发表了他的主要著作《自然法与万国法八卷集》(De Jure Naturae et Gentium Libri Acto)。在这部著作中他正式放弃了数学方法，但他的定义与结论的体系仍经常使人联想到这种方法。

普芬道夫的“自然法”

在耶拿大学数学教授魏格尔的影响下，普芬道夫的《精义》是用几何学的方法安排的。在第一部中他提出了21个“定义”，第二部是两个“公理”和五个“意见”。如第13个定义是关于法律概念的，他说：“法律乃是命令，上级据以拘束其下级按照上级的指示行事。”在第24节里论证了万国法与自然法的关系。普芬道夫说：“在某些人眼里，万国法无非就是自然法……我们认为，除了这个〔自然法〕以外，不存在什么万国法，至少没有任何法可以被赋与这个名称。因为罗马法学家和别的许多人归诸万国法的许多问题（例如涉及占有、条约的形式等问题），这些问题或者归属于自然法，或者归属于与大多数民族的民法一致的个别国家的民法。”普芬道夫否认协议或“相互义务”构成万国法，因为个别国家无需与别国磋商就可以随时予以改变。象这样狭隘的、片面的“自然法”观点，在普芬道夫以前和以后都无人采用过。这可以说是普芬道夫否定国际法之存在的独特论证。

在第二部中，他提出了两个“公理”，第一个是：“无论何种行为，只要在某个人的能力范围内应作为或不应作为

而且能按道德规范来指导的行为，就可以对他课以法律责任。”相反地，“就其本身或其它原因来说，如果都不在人力范围内，就不能对他课以法律责任。”第二个是：“无论何人都可把他拥有超过别人之权威的事情，责成确实从属于他的人或有责任完成这些事的人去做。”他提出的五项“意见”是：（1）“各人都能对他的智力所理解的事物作出适当的判断”；（2）“根据一项内在的原则各人对某项行为都可以干或不干”；（3）“各人都天生注定要过一种社会生活”；（4）“自然理性指定各人关心自己而又不会将整个人类投入骚乱”；（5）“单是自然法还不足以直接维护人类的社会生活，在特定社会里，也有必要建立起不同种类的权威”。

显而易见，几何学方法对法律问题是不适用的，而普芬道夫的几何学方法本身也并不完整。几何学方法首先要有明确的基本概念和一步一步的推论，然后得出结论。普芬道夫的“定义”、“公理”和“意见”显然不是这样安排的。但是尽管存在这些缺点，有人说《精义》一书应视为“自然法”的“第一部有用的教科书”。

普芬道夫最重要的论述是关于维护和平与防止战争的。霍布斯认为自然状态是一种人人为敌的斗争，与此相反，普芬道夫认为和平是人类社会最适合的条件，只有它才符合自然法。然而，在第四个“意见”第11节里，他却说：“战争是合法的，有时甚至是必要的”；在第三个“定义”第5节里，他还说：“这个和平仅仅由于‘自然法’的拘束而存在……用公约和条约来巩固它都是无济于事的。”

普芬道夫所倡言的“自然法”，根据它在第13个“定义”

第24节中的论断，它在时间、地点和人群中都是普遍存在的，是永远不变的；他并在第四个“意见”的第4节中说，基本的自然法有两条：一是无论何人都应该保护他自己的生命和肢体，并尽力保全他自己和他自己的东西；二是他不应该打扰人类社会，即不应该做任何使人类社会不得安宁的事情。

普芬道夫极力推崇的“自然法”，是指万国法规范应符合“事物本性”。这个基本概念对国际法的发展是起过推动作用的。但他对法律、道德和政治的区分是不明确的，这就削弱了他的学说的价值。

在《八卷集》的《致读者》的《前言》中，作者联系到《精义》一书时说：“大多数人考虑到我在年龄和能力方面都不成熟的情况下所写的《精义》一书而原谅我，我应该用一部更成熟的著作为早先那部幼稚之作公开谢罪，就是十分恰当的了。”他还说：“如果别人打算对本书进行批判，他们应该知道他们只能用说理而不是任何别的东西来对待我。”上面这些话显示了作者对这本著作的自我评价。关于本书的写作目的，他说：在罗马法中“它（指“自然法”——引者）与实在法交织在一起……如果这两个因素不细心分开，法律程序的任何知识都难免变得混乱不清、变幻不定并充满无聊的争论。因此，我认为，对罗马法的著作值得写一个简明索引，以决定哪些问题是关于自然法的，哪些是关于实在法的，并在自然法或普遍性与罗马国家的特定法之间，小心地划出界线。”这里提到罗马法，无异给人们一个暗示，《八卷集》的内容并非纯然是写国际法，而是象罗马法一样把国内法也包括在内，此外还写到一般法理问题。例如关于法理

问题的第一卷，是写所谓“道德实体”的，第二卷是写“自然状态”的；关于国内法的如第五卷写“价格”、“契约”、“租赁”、“借贷”等民事问题，第六卷写“婚姻法”、“家长权”等亲属法规。因此关于国际法的论述，是分散在各卷之中的。严格地说，只有第七章（“国家法论”）、特别是第八章（“战争法论”）是正式在写国际法的问题。这就使普芬道夫此后在国际法领域中的地位，远在维多利亚和格劳秀斯之下。普芬道夫是以鼓吹自然法的作用而名世的。

在《序言》中，他说：“我使全部自然法成为人类社会生活的基础，因为我找不到可以使所有的人都接受而不违背他们的自然条件的其他准则，并以他们信奉任何宗教的信心去加以尊重。”他还说“自然法先于社会”。事实上普芬道夫的自然法，较之“自然法学派”其他几位先驱是落后得多的。它的核心与其说是“自然理性”无宁说是“神”。在第一卷第八章第二节中，他说：“由于我们受神法的支配而以我们整个的灵魂和整个的力量去热爱神，并象热爱自己一样去接近我们的邻居。显而易见，除非我们完成的行为具有最完善的目的，除非我们心中只满足最完美和最强大的创物主的愿望而别无其他目的，我们的任何行为都不会为神所赞许。而这一点必须特别小心地奉行不苟，因为我们心中哪怕一丁点儿的动摇和犹豫，都逃不出‘知心者’的洞察。”结论是立法者和法官都不能准确地体现自然法，唯一真正的体现者乃是冥冥之中的“神”。他对格劳秀斯提出的人的“社会渴望”作了解释，即我们必须坚持对“神”的信仰，因为是“神”把人类造成理性的社会动物，给他们规定了适合他们本性的一些禁忌。要受这些禁忌的拘束，是无需把它们首

先溶合到实在法之中去的。普芬道夫对“神”的推崇，在实体法中也有露骨的表现。他主张“条约必须信守”，如果条约不是象信仰宗教一样地遵守，就会背离上帝造人的目的。他将义务分为先天的及后来约定的两类。他将第一类义务与对神之尊崇和服从放在一起。因此，他反对霍布斯的主张，即渎神是表示迟钝和无知，因而不应受到惩罚。普芬道夫认为对这种人应象惩治背叛上天的和人间的秩序的人一样惩治。而在第八卷第一章论立法时，他直言无讳地提到立法者需接受来源于神的符合人类本性和理性之规范的约束。

这本著作中有关专题的论述也是值得在此略为一表的。

一、所谓自然法的“黄金律”（第一章第八节）

自然法的最明确和最肯定的禁忌之一，就是它教导我们对待邻人要象我们希望他们对待我们一样。——这就是普芬道夫所谓自然法的“黄金律”。接着作者又介绍了一条自然法的基本准则：凡为社会目的所需之任何事情均应被认为法之所需，凡扰乱或挫败社会目的之任何事情均应被认为法之所禁。这是因为人的基本特性是强烈的自卫本能；如无同侪的合作将无力达到这一目标；有益的社会工作得到巨额酬劳，但经常也因此出现恶意、傲慢、激动和破坏性的倾向。这样一种人天然是“社会的”，但是需要遏制他的有害的本能。但普芬道夫却反对霍布斯所倡言的自然法的全部规范都是人的自私心所固有的这一主张，他无宁认为有关的规范并非以自私心为基础，而是基于约束每个人的自然法之上，基于伦理学基础之上的。这些在十七世纪学者间津津乐道、争论不休的课题，在今天看来是令人迷惑不解的。

二、关于强加之条约的效力问题（第三卷第六章）

在这里普芬道夫讨论了有效条约的首要的必备条件。根据自然法和国际法，他详细研究了由于强迫和胁迫所缔订之条约是否有效的问题。他从自然法的观点，自始否认此项条约具有任何内在拘束力，他反对霍布斯的解释，即人类社会所有条约的来历毫无例外地均可追溯到灾祸的压力以及畏惧原始自然状态所孕含之更大的灾难上去。普芬道夫认为，霍布斯在这里在两种不同的含义上使用了“强迫”这个概念。后来普芬道夫又承认在两国未能就一项争端达成和平解决而决定动武时所下的赌注。从这一战争的偶然因素出发，他得出国际法的一个命题，即承受不利之和约的战败国无权对基于强制之和平条件提出抗议（第五卷第九章）。到第八卷第八章和第九章中论条约时，他将条约区分为两类：一类是对国家根据自然法所承担之义务的简单复述；一类是给这些义务以界说和补充。第一类仅包括一方同意不伤害另一方之友好条约；第二类再分为平等条约与不平等条约。两种都有同样的目的，即商业联系、联合战争作业、战时提供辅助部队等。例如缔约双方承担平等或对等的义务，比方说，提供同样的紧急辅助部队或规定交界边境之中立化，那么就是平等条约；如果随着各方实力不同而义务也不同，以致一方居于劣势，那就是不平等条约。例如第二次布匿战争后罗马和迦太基间缔结了一项不平等条约。根据此约，迦太基承担不获罗马同意不得从事任何战争之义务。此项条约不但是不平等的，而且剥夺了对方的主权而使之处于不利地位，何况这种待遇并非仅仅是一种战争赔偿。普芬道夫表示，在一场非正义战争中，战胜国对敌人所强加之不平等条约是否有效，这是大成问题的。此说在国际法中是颇有意义的。

三、“海洋自由”(第四卷第五章)

普芬道夫也拥护格劳秀斯的主张，即海洋自由。他维护在国际法某些无可争议的方面的海洋“财产权”，例如对海港、沿岸水域、地峡和海洋的排外的开发权，以及在捕鱼区（包括适于捕捞龙虾、珍珠和共生鱼类的海港和公海）的主权权利。这种“财产权”显然是指国家的主权权利。所有这些权利，他都是从人类的实在法规则而不是从原始的自然法演绎而来。公海之和平的共同使用、特别是对所有国家的自由航行开放，照他看来，并非自然法准则，而是得自下一事实，即没有哪个个别国家被授权排斥别国使用公海。这是普芬道夫主张公海自由的第一个理由。他的第二个理由是，这样一种特权的主张是难以实现的；第三个理由是，从道德观点来说，毫无意义的野心或可鄙的贪欲，也是要受到抵制的。显而易见，在这个问题上普芬道夫放弃了以自然法作为国际法准则的立场，这也使他的自然法体系留下了漏洞。

四、“义战”问题（第八卷第六章）

本章标题为“战争法”。在本章中作者创见甚少，但他反对霍布斯关于自然状态中国家间的关系，一如个人间的关系一样，是战争而非和平的论点。因此为了给战争以符合自然法的根据，必须有正义的原因。他认为战争的正义原因有三个：一、我们有抵抗别人之进攻而保护自己的自由；二、我们拥有以武力实现欠债者无意偿还之正当权益的权利；三、我们有权迫使非正义地伤害我们的一方给予赔偿并为将来不再发生类似事件提供保证。另一方面，普芬道夫也知道，真正进行的一场正义战争，并不是按照民法理论去评价的。从事这种战争的人，并没有义务仅在完全符合引起战争之权利

要求的范围内加害于敌或自敌夺回这种权利。他认为战争诸手段不是惩罚性的，并不具有惩罚之目的；它们是国家的自卫行为、实行权利的行为并为免于未来之非法损害寻求保证。凡为这些目的服务之手段，在这个限度之内，都是正当的。他要求征服者以人道和豁然大度的态度对待被征服者。在民事关系中，公平合理之报复措施不应超过必要的范围。应该说，普芬道夫的这个论点是比格劳秀斯还要高出一筹的。

普芬道夫全然排斥实在国际法概念，主张只有自然法在支配国家间的关系。条约从自然法取得其合法性及拘束力，正如同个人间的契约是基于国内法一样。完全受自然法支配的由国家组成的国际社会，立于既受自然法亦受国内法支配的人类国家社会之外，并居于它之上。因此，人类的自然法有两个活动范围。在国内法制中，它拘束组成国家的全体个人。在国际法制中，不同的国家在自然状态中共同生活，并受作用于国家的自然法的约束，犹如不同于组成国家的人类单独集合体一样。普芬道夫明白无误地承认，自由与平等的国家共同存在，这不仅是一个政治现实，同时也是一种不得不如此的情态。他与格劳秀斯一样，认为所谓世界国家是不现实的。他宁愿国家在自然状态中继续存在。

普芬道夫把国际法与自然法合并起来，前者是后者的一部分。此外再也没有什么基于普遍同意的实在国际法。这就是普芬道夫“自然法”体系的最大特点。史称他是一个极端的“自然法学派”的代表人物。

（7）沃尔夫：克里斯琴·沃尔夫（Christian Von Wolff，1679—1754)为德国法学家、数学家和国际法学家。

其父为制革工人，有子女六人。沃尔夫为次子。十八世纪二十年代，他先后被接纳为伦敦皇家学会会员，柏林科学学会会员，由普鲁士国王礼聘为枢密顾问，沙皇彼得大帝曾邀请他迁居圣彼得堡就任科学院副院长。但是他坚持一项原则，即主张学术自由和不受限制地探索真理。这是一项尚未得到普遍承认的原则，终于给他带来一场灾难。1721年他在将霍鲁大学副校长的职位移交给继任人兰格(Lange)时的讲话中强调中国孔子的重要性，他以自己的观点介绍了孔子的学说，最后断言道，即便没有神的启示，人们也可以得到幸福。他的神学界的敌手对此群起而攻。霍鲁大学神学系要求选派一个皇家委员会来审查他的错误理论，加上军界对他的指责，1723年11月8日，皇家内阁未经与大臣们磋商，就发布了一道命令，将他从柏林驱逐出境，并永远剥夺他任教的资格。1729年曾以刑事罪禁用沃尔夫的著作为教本。到1740年据说有70多个作家联名反对沃尔夫。遭到放逐后，沃尔夫转往玛尔堡大学执教，他再一次得到圣彼得堡的来信，询问他为什么舍圣彼得堡而就玛尔堡的原因。

横蛮的放逐使他得到王公暴政的殉难者的声望。此后沃尔夫为了使自己的学说不仅影响德国而且影响欧洲，乃改用拉丁文而不用德文写作。面对沃尔夫在国内外的不容置疑的巨大名声，柏林也彻底改变了对他的观感。除国王召他重返霍鲁执教经他拒绝外，1736年柏林又委任了一个皇家委员会，重审了早年对他的判决，宣布在他的著作中找不到指控他的那些错误。沃尔夫的胜利，促进了哲学研究自神学控制下的解放。代表作为《用科学方法论述的万国法》(The Classics

of Int.Law,London, 1934）。

对沃尔夫生平事迹的了解，使我们能从文化和历史背景上评价他的学说的巨大意义。他为之奋斗和遭受苦难的理想，是进行科学研究的不受阻碍的自由，是自宗教狂热的束缚下解放科学，质言之，就是打破日耳曼封建势力对人类思想的桎梏，以适应新兴资产阶级的要求。

沃尔夫的《用科学方法论述的万国法》一书写了二十年。它的主要论点是，承认不受超过人民的“社会契约”所允许的限制的自然法。沃尔夫区分了政治科学和伦理学，他并把自然法作为两者的理论基础。但是他的自然法与伦理学却又有一种内在联系。他的主导原则是，每项权利都基于一项义务，而各人都有与生俱来的权利，因此也有着与生俱来的义务。对任何一样足以满足我们与生俱来的义务的事务，我们都有着一种自然的权利。所有人都是生而平等的，并都具有同样的权利与义务。凡“自然”应许给一个人的东西，也同样应许给别人。权利之歧异仅仅发生于获得之权利，因为就“自然”来说，没有人具有控制别人行动的任何权利，所有人都是生而自由的。自由系来自平等。关于人类社会的组成，他区分了家庭与国家、简单社会和复杂社会。除非个别人服从一个统领的意志，任何社会都不能存在；由于没有人应天生服从别人，因此每个社会都必须建立在明示的或默示的契约上。按照沃尔夫的说法，人类社会的组成，是基于许多人的一个契约，其目的在于以联合起来的力量去达到一个明确的目的，并在某些特殊方面推进他们共同的福利；因此，这就是社会最高的和最后的法则。

对国际法来说，这些原则也具有最重要的意义，因为在

法律面前平等的原则、自由原则以及人民主权的原则，在国际法上都具有最深刻的意义。法律面前的平等是它奠基石，而人民主权是现代民主的基础。

综上所述，沃尔夫堪称德国启蒙运动的作家。

现在介绍一下沃尔夫的自然法体系。

他创立了一种万国法渊源的理论，并据此将万国法分为不同的等级。首先他提出“自然万国法”的概念。在他的主要著作《用科学方法论述的万国法》的序言里，他开宗明义地说：“国际社会肯定只能看成是生活在自然状态中的个别自由的人，因此他们也象别人一样，赋有同样的义务和因之而产生的权利，它们是自然法所规定并赋予每个人的，因为根据‘自然’他们是生而自由的，除了‘自然’以外别无其他纽带联系他们。因此，从这一点产生的任何权利和任何义务，都系来自植根于人的天性的不变的法则，足见万国法无疑是‘自然法’的一部分。只要考查一下它那个必要的渊源，只要考查一下它的拘束力，它就应该称为‘自然万国法’”这种“自然万国法”或“必要万国法”是以沃尔夫关于自然法和人法的一般理论为基础的。正如集体生活在国家里的个人不能摆脱他们的自然责任那样，各国也由同样的责任彼此约束着，从这些责任产生了权利，这种权利大家本来就生而具有，因此也就无法加以剥夺。这些权利形成“自然万国法”或“必要万国法”，也都是适用于国家的“自然法”。这个法是永远不变的，也没有哪个国家能摆脱它。

沃尔夫从这个观点推演出国家的基本权利。根据这种自然万国法，所有国家都具有同样的权利与义务，并且是天然

平等的；任何国家对别国都没有特权或优先之处。各国都有权保卫自己免受迫在眼前的危害并对所遭受的危害实行报复。权利平等的原则、自由原则、民族自决原则，正如自卫原则和国家间协商的原则一样，直到今天也是无可非议的，这就是沃尔夫的自然万国法的卓越之处。

沃尔夫继而提出他的所谓“世界国家”的观点，在上揭书“导论”第10节中他给“世界国家”下定义说：“那个被认为由许多国家组成并且这些国家都是它的成员或公民的国家，就被称为‘世界国家’。”沃尔夫说，从这个社会产生出作为整体的国家对每个个别国家的最高权力。他管这个权力叫“普遍绝对权力或国家绝对权力”。正如同“自然法”本身规定了个别国家对国际社会之形成的同意一样，因此“自然法”也以法令的形式来充实这种同意。正如同在一个国家内民法最后可以归结于“自然法”那样，在“世界国家”即国家组成的社会里，民法应该导源于自然法，宛如自然法在个别国家里规定应该这样做一样。而这是从“国家社会”的概念里演绎而来的法律。沃尔夫称之为“意志国际法”。这种“意志国际法”系基于“假定的同意”，而“条约法”基于“明示的同意”，“习惯法”则基于“默示的同意”（参上引，第25节）这与后代的“实在法”是吻合的。沃尔夫认为国际条约是一种特殊法，因为它只拘束缔约双方，看来沃尔夫无法预见到造法条约的出现，这是他的时代局限性使然的。至于他的“习惯国际法”，作为“默示的同意”的产物，在当时则无懈可击。沃尔夫所受到的严重批评，还在于他力图把“意志法”放在所谓各国“假定的同意”的基础上，其实这正是实在法的基础，不属于“自然法”的范围。

沃尔夫在国际法系统化方面功劳卓著。他致力于提出“自然万国法”，并明确地将它同实在国际法区分开来。他首先提出国家对自己以及它们彼此间的义务，然后从这些义务中得到它们的权利。他在《自然法和国际法体系》中将国际法分成下列章节：

第一章——国际法总论

第二章——论各国自己的义务以及由此而产生的权利

第三章——论各国彼此间的责任以及由此而产生的权利

第四章——论国家的财产（及与此有关之各种权利。Jus gentium——国际法）

第五章——论盟约及未经授权的字据（以及其他的国际条约。Jus gentium——国际法）

第六章——论解决国家争端的方法

第七章——论国家的战争权

第八章——论国家战时的权利

第九章——论和平与和约

第十章——论使节权

沃尔夫未将国际法区分为平时法与战时法。格劳秀斯将战争法作为国际法的开端和中心，卓奇（Zouch）将和平与战争等量齐观。沃尔夫则反此，他将战争归入司法程序。他承认国家拥有战争权，他说：“战争权属于国家。因为根据‘自然’，战争权属于每个人以对抗那些不愿意承认他的完全权利的人，自卫权也属于他，还有惩罚那些侵犯他的人的权利。因此，由于国家使它们在彼此关系中，被看成生活在一种自然状态中的个别的自由人，并且在它们彼此关系中它们

仅仅适用由'自然'赋与每个人的权利，所以战争权属于国家"（《国际法》，p.313，§613）应该指出，"战争权"和"世界国家"是沃尔夫"自然国际法"的糟粕，它反映了资本主义的兼并性和扩张性的本质特征。但沃尔夫强调国家义务、国家的互助以及促成别国之自保与自我完成等等（同上引，p.11，§8），对国际法的发展是贡献卓越的。

（8）瓦特尔（Vattel，1714—1767）出生于瑞士的纳沙特尔（Neuchâtel）公国，当时这个公国和普鲁士是一个身合国。其父为新教神父，其母为普鲁士财政部一官员之女。早期他的兴趣在哲学，就读于日内瓦大学时，是莱布尼兹和沃尔夫的狂热信徒，并曾出版过一本捍卫莱布尼兹立场的小册子。他曾前往柏林，以这本献给普鲁士国王腓特烈二世的小册子自荐于王，希望得到一官半职。但他遭到国王的拒绝，乃转赴德累斯顿，他的卓越的才能立即得到萨克森首相孔德·德·布鲁尔（Comte de Brühl）的赏识。他被安置在外交工作岗位上，在决疑定策的工作中，他在国际法和条约史方面的无与伦比的知识，有了用武之地。1746年国王奥古斯都三世任命他为大使馆顾问，第二年指派他为驻伯尔尼全权公使。他的传世之作《万国法或适用于国家与主权者的行为与事务之自然法原理》就是在伯尔尼悠闲而惬意的公使任内完成的。这个书名表明，他写的是一个以自然法原则为基础，并着眼于实际运用的国际法体系。

瓦特尔是在美国最受欢迎的作家。由于他是瑞士的一个公民，他宣布说：在他的祖国"自由是灵魂，是财富，是基本法"。又由于拿破仑战争后，有许多国际间的法律问题需要一本系统的和详细的国际法参考书供外交家们使用，因

此在洛克（Locke，1632—1704）哲学思想影响极深的美国，他的作品大受欢迎。特别是资本主义兴起后的国际经济关系，瓦特尔的作品中亦有所论及。当弗兰克林于1775年收到阿姆斯特丹的一位瑞士出版商给他寄来的瓦特尔著作的三本法文新版时，弗兰克林在答谢信里说，此书到达之日，正是美国这个新兴国家有必要经常参考国际法的时候。瓦特尔的著作很快成为美国大学的教科书，而在共和国建立以后，它就成了美国国际法理论的名重一时的权威著作了。

此书法文原版共出过二十一版，德文一版（1760）和意大利文一版（1805）。几乎所有这些版本都是十八世纪或十九世纪前期出版的；少数是在十九世纪中下叶出版。1916年此书收入“国际法经典著作丛书”。我国的林则徐曾组织人翻译过此书的片断，名为《万国法例》，后由魏源收入《海国图志》一书里。

他的体系是以沃尔夫为根据的，但在许多具体问题上却超过了沃尔夫。例如，沃尔夫一般承认靠占领所取得之领土所有权；瓦特尔却明确提出，真正占有是合法有效占领之先决条件，因此教皇将晚近发现的地区分派给不同统治者的做法是缺乏法律效力的。这就是中世纪罗马教皇的“世界霸权”不为国际法界所承认的一个例证。

瓦特尔的“自然法”

首先让我们了解一下瓦特尔在《万国法》一书中的种种定义。他说：“国家是一些政治实体，是人们为了以联合起来的共同努力增进他们相互的安全和利益而团结起来的社会。”这样一个社会是一个能感知权利与义务的道德人格。万国法是一门规定国家间存在着权利和与这些权利相适应的

义务的科学。国家可视为生活在自然状态中的许许多多自由的人。一个整个的国家（它的共同意志无非是公民们联合起来的意志的结果）必须服从“自然法”，因此万国法就其起源来说，不过是适用于各国的“自然法”而已。这一“适用”给了我们一种“必要万国法”，沃尔夫则称之为“自然万国法”。任何条约与习惯，凡违背“必要万国法”之禁章者，均属非法，并且即使它为外在法所批准，良心法也要宣布它无效。一国必须以相同的条件同别国一起生活，就象国家建立以前，个人必须以相同的条件同别人一起生活一样。一个人参加了一个国家，仍然受他对其余人类之责任的制约。人人都是生而平等的。一种完全的平等支配着他们的权利和义务，因为这些权利和义务都是平等地来自自然。

上述种种假定的“拟制性”姑置不论，现在看一看瓦特尔从他的种种定义中得出一般法则。他认为个别国家应该尽力之所及对所有其它国家之幸福与完成作出贡献。而各国都应和平地享受它从自然所承袭的那种自由。从所有人都是生而平等这一点出发，由许许多多生活在自然状态中的自由人所组成的国家，也是天生平等的，并从自然承袭了同样的义务和权利。于是一个国家就是它自己行为的主宰，只要它并不损害任何其他国家的进步和权利就行。这一切和从它们引伸出来的东西，就都是“自然万国法”。它是一种约束国家道德意识的必要的自然法和内在法律。与这种内在法相反的外在法，是由各国深思熟虑地采用的任意法，它是由构成“实在万国法”的“条约法”和“习惯法”所补充的。这一论断包括在一段颇为独特的话里：“由于‘必要法’经常是‘良心’所必须履行的，一国在考虑为履行它的义务而遵循的行

动方针时，就不应该忽视它，但是在揣度它能向别国要求什么而发生问题时，它就必须考虑‘任意法’，这种法的准则是维护人类普遍社会的安全和利益的。”这段话是难以自圆其说的。他感到法律是需要一个立法者的，事实上，“内在万国法”亦即“自然法”是他的一种杜撰，用以支持“实在万国法”的，这也是他为什么要强调国家是具有“道德的良心”的道理，这种“道德的良心”就等于一个“立法者”。

瓦特尔说：“‘必要万国法’和‘实在万国法’是自然创立的，但各有不同的方法：前者是一种神圣的法律，国家在他们所有的行动中都应该尊重并奉行不苟；后者是一种规范，普遍的福利和安全迫使他们在彼此交往中予以承认。必要法系直接来自自然；而人类的这个共同母亲命令大家遵守国际任意法，这是由于考虑到各国彼此相处的处境以及它们事业的利益。建立在特定的和不变的原则上的这双重法律，都是可以阐明的……”。这里显示出瓦特尔实用主义的立场。瓦特尔是直接诉诸宗教感情的，故意把他的实用主义局限在人们自然的相互关系之内。他认为人们可以祈求上帝之爱，而在上帝之爱的光照下，他们可以把自然法则的自私自利转变为超自然法的单纯的利他主义。这就是瓦特尔实用主义的唯心论的实质。但瓦特尔对许多具体问题的论述却是有见地的。

瓦特尔论述过“主权”。他给国家下的定义，把一个命令和指挥每个人为这个人类集合体应该做什么的公共权力也包括在内。“这种政治权力就是主权；被授与这个权力的人或人们就是主权者”。主权者代表国家。“当……一个民族把主权授与一个人时，他们就把他们的谅解交托给他，并在国家之管理与公共权力之行使的范围内，把他们的义务和权利

转交给他。主权者或国家管理人在变成有关政府之义务和权利的受托人以后，他就成了一个有德性的人，只要他在国内活着，他就能凭自己的意志活动。”这是对主权者赋与代表性的起源。君主是从国民得到权威的。他拥有的刚好是他们认为委托给他是合适的那些东西。他必须维护和尊重基本法律。“一旦君主攻击国家的宪法，他就破坏了立国的根基，人民就可以对他以暴君论处”。这些话的进步意义是一目了然的。

瓦特尔的重要论断是，在早先个人甚至因为国家被征服而丧失土地，“现在战争对臣民来说已不那么可怕；事情涉及的是大部分人。一个主权者同另一个主权者进行战争，至少不是同非武装的人进行战争。战胜者夺取国家的财产、公共财产，而个人仍保持自己的财产”(Ⅱ，§200)。这也区分了古代战争法与当时战争法的不同，说明人类历史进步的过程。

自然法学派的致命伤

“首尾不一”是“自然法学派”的致命伤。这一点早已见于古典“自然法”对奴隶制的态度，其后在具体论证上，如普芬道夫和格劳秀斯莫不皆然。

先谈普芬道夫：

A，他说除了自然法以外不存在什么国际法。但他又说单是自然法不足以保卫人类的社会生活，在特定社会里，也有必要建立起不同类型的权威。这当然也要包括国际法了。足见其不能自圆其说。

B，他说自然法等于道德规范。但他又说别人违反自然

法，人类就获得一次辅助性权利，即发动战争，用武力保卫安全，这是由于“人类的乖癖”。这就勾消了道德原则。

C，他说通商自由是一种自然权利。但他又说欧洲国家在非洲或印度取得一块领地，即可任意切断别国对此地之进路或履行一定条件（如纳税）才能进入。足见其出尔反尔。

再谈谈格劳秀斯“首尾不一”的严重缺点。当1601年荷兰捕获葡萄牙帆船后，东印度公司许多股东，对1604年9月9日阿姆斯特丹海军法庭的判决提出严厉指责。该判决宣布葡萄牙货船卡瑟林娜号船只及船货都是正当的与合法的捕获物。年轻的律师应公司的委托于1605年写成《论捕获法》（De jure praedae commenterius）一书。后来当他到了成熟的年纪，在一封信里谈到他的辩护时，他承认说：“关于海洋自由的我的最佳作是在爱国的激情下写成的，但毕竟是年轻时代的作品”。但《论捕获法》这部作品未予发表，随即被忘却，直到1864年手稿才在莱顿（Leyden）一家拍卖行被发现。这部作品的第12章后由格劳秀斯稍加改动于1609年匿名发表，书名为《自由的海洋，或荷兰人有从事印度贸易的权利》。这个节缩本出版的机会，是东印度公司泽兰办事处提供的。这个办事处原约请格劳秀斯写一份主张荷兰人有权自由驶向印度并与印度通商的辩护状，发表时却是针对西班牙的读术的，这是因为在谈判1609至1621年十二年停战协定期间，西班牙在这方面提出了一种垄断性的主张。几年以后，格劳秀斯受命为代表团成员参加1613（伦敦）和1615（海牙）英国与荷兰“殖民地会议”，以解决有关两国各自的东印度公司的争端时，他再一次奉命捍卫他的祖国的商业利益，这一次任务更为紧迫，因为轮到英国抱

怨荷兰对贸易垄断的渎求，和排斥英国于购买马六甲和班达群岛的土著统治者的香料这笔财源茂盛的生意之外。有一位格劳秀斯传记作家曾说过，《自由的海洋》原是针对葡萄牙的要求而写的，其出版却是针对西班牙的，最后用来征服英国。然而1613/1615和1606/1609的论证在理论上显而易见是彼此矛盾的。

关于《自由的海洋》首先应该指出，他的论点并非独创的。古代就有“海洋自由”的理论（见下卷《海洋法论》），西班牙作家如维多利亚和邵列支都主张此说，他曾多次引用他们的著作。

就较狭义的海洋自由原则来说，格劳秀斯从根本上说是把它置于自然法基础之上的，他于1605年所发挥的“海洋自由”这句名言的理论基础，实际上主要有两个方面，（1）海洋领域的性质——它的浩瀚广阔，它的无边无际，它的流动不定，它的经常遭受风暴的袭击——使得从物质上加以占有成为不可能；（2）人类的普遍利益使个别国家出于自私目的而占有公海的一部分变成不合理。第一个理由已被广泛认为缺乏充分的根据，因此早已被放弃。第二个理由仍不失为有利于公海自由的主要论据，特别是关于海外贸易。事实上格氏的海洋自由原则反映了资本主义向帝国主义转化时期海上大国殖民掠夺的利益。

不容否认，格劳秀斯关于海洋自由和海外贸易自由的国际法论述，前后期的主张是缺乏连贯性的。这在下列问题上表现尤为明显：

（1）对国家管辖权扩及于海岸毗邻水域可能性的态度。前期他绝对排斥对海洋的任何领土主权，后期则主张不

仅可占领邻岸水域，而且可占领海军操作于其中的水域（见《战争与和平法三卷集》，Ⅱ，p.214）。

（2）对海外领地商业垄断权可行性的意见。在这一方面可以看出格劳秀斯的volte face（突变）。1605年他曾极力攻击葡萄牙非法主张它有权排斥荷兰于东印度土著统治者的贸易之外，因为葡萄牙在那里维持着商业垄断，但是1613和1615年在同英国举行的"殖民地会议"上，他却捍卫在同一海域的荷兰垄断地位，而且在《战争法与和平法》第二部第二章第二十四节上继续捍卫、或者至少掩饰着荷属东印度公司的垄断权。原文如下：

"我重提一下上文已提出的问题，即一个民族是否可以和另一个民族订约，让后者把别处不出产的某些产品单独出售给它。

"我认为这是可以的，如果购买的人准备以公平的价格转售给别人的话。事实上，这并不损害出售满足别国需要的货物的那些国家的利益。然而，下面这种做法却是合法的，即一个民族在别人之先得到一种金钱上的好处，特别是在有理由这样做的时候；比方说，如果一个得到特许权的民族是以保护别人为条件并为此付出了代价的话。

"带着我所讲的意图所进行的这样一种购货安排，尽管国内法有时候出于公共利益事实上予以禁止，但它并不违反自然法。"足见格劳秀斯对"自然法"的解释是服务于"大国意志"的。

（3）在海洋自由原则上，他原以它作为第一位的和永远不变的自然法和国际法的绝对概念，后来却朝着第二位的和可变的规范蜕变了。由于这一蜕变，使人对自然法概念

（不管是第一位的即永恒不变的，或者是第二位的即可变的）难以掌握。原来"自然法"概念也是随国家利益而可以随意改变的，这就是自然法不可靠性的最具体的例子之一。

对自然法的评价

（1）非神学家不成其为称职的法学家，这是中世纪那个时代的特征，这就是为什么"自然法"与神权总有些藕断丝连的原因之一。但不能说"自然法"总是通向神权的，而无宁说它是极力同神权决裂，并实质上是反对神权的。这在维多利亚这位多明我派神学家身上得到证明。

（2）倡言"自然法"的学者中，有的以"冲动"为基础（霍布士），有的以"伦理"为主（格劳秀斯），有的以"本能"为主（贞提利和沃尔夫），有的以"理性"为主（维多利亚），彼此争论不休，都想既能解释资本主义这个怪物的存在理由，又能给它出谋划策，而且有的也存心要予以批判（邵列支），因此纠缠不清，没有能做到首尾一贯，自圆其说，他们的历史任务加给了他们无法负荷的重担。

（3）到18世纪下半叶，"自然法"开始与资产阶级实际政治斗争结合起来，所谓"天赋人权"的学说在美国革命和法国大革命中都变成了革命的物质力量。

此外"自然法学派"在理论上是充满矛盾的，它们的缺点（以普芬道夫为代表）往往在于不能把自然法中的"自然本性"、"合理理性"等贯彻到底。这是因为，在他们为资产阶级服务的活动中，封建意识的残余影响经常成为他们的绊脚石。

（4）自然法是一种有定义却没有明确对象的学说，在今天看起来，它是一种反科学的"法学拟制"。所谓"自然

状态”、“契约说”及其在国际法上的运用以及某些规范是否属于“自然法”等等，都不能在实证的水平上加以检验（如格氏的海洋自由，以单一的“水域”概念代替“海洋”这个集合概念，排斥了海底资源、海洋渔业等的存在）。难怪有人说自然法是“以不知何所指的词语在谈论不知为何物的东西”（司各脱，《国际法的西班牙起源》），但针对封建神权基础来说，倡言“合理理性”的“自然法”，其巨大的进步作用必须充分肯定。现举18世纪法国大革命时的一个文件为例。

国际法宣言(1795年4月23日)（摘要）

1．国际社会为自然状态，各国皆平等。

2．所有国家在相互关系中都是独立的和拥有主权的，而不论它们人口的多少及所占有领土之大小，此项主权不得让与；

3．在和平时期，各国都应相互表示最大的善意，而在战时应尽可能减少损害；

6．各国皆有权建立和改变自己的政府形式；

7．任何国家均无权插手别国的内政；

8．凡属使用而不致罄竭、消失之物，例如海洋，应属于所有国家，不得成为任何国家的私有财产；

15．破坏任何国家自由之行为即为对所有国家之犯罪；

18．以侵略战争为目的之联盟或可能损害任何国家之利益的条约，均为对全体人类之犯罪；

21．各国所订条约是神圣的和不可违背的。

这份宣言是由格列高利僧正（Abbé Grégòire)向1795

年国民议会提出的，从“自然法”出发，表述了国际法许多进步的规范，但国民议会未予通过，甚至没有在会议记录中刊印。这也是一件令人遗憾的事。但是由这个文件可以看出“自然法”对国际法的进步影响。

美国革命（1776）、法国大革命(1789)、拉美革命（1810与1830之间）、欧洲的革命变革（1848年前后）、巴尔干的安排（1880以前）、两次世界大战以后的善后工作，统统以自然法的用语提出过许多严峻的问题。

（5）随着国际会议和条约的日益增多，条约变成国际法的主要渊源，人类的务实精神也发扬起来，大部分精力集中到实际问题的解决上来。事实上格劳秀斯等人提出的“意志法”，就是“自然法”自我否定的契机。因此实在法学派也就逐渐取“自然法学派”而代之了。然而即便在现行法中，“自然法”的痕迹也仍然保留着，并且也有不得已而援引“自然法”的时候，只是提法不那么明显罢了。这应该是马列主义国际法研究的一个专题。例如国际法的基本规范“条约必须信守”，其效力的最后依据，也仍然是个争点。

国际法“起点”问题

首先应予指出，资产阶级学者有些认为威斯特发里亚和约（1648）以前无所谓国际法，因此国际法历史的起点是中世纪。其理由是国际法乃现代基督教文明的产物，至今历时仅四百年（参看《奥本海国际法》中译本，第53页）。而就具体的人来讲，国际法的创始人就是格劳秀斯，《战争与和平》一书正是有感于三十年战争（1618—48）的空前残酷而撰写的。这种“古代无国际法”的论点是不符合史实的。资产阶级学者间也不乏反对

者。例如约翰·麦克唐奈尔爵士（Macdonell, sir John, 1846—1921）曾宣称："古代世界不但有国际法体系，而且在某些方面，比起格劳秀斯时代的国际法来，更近似我们今天的国际法。在自治国家的数目和种类上；在它们宪法的许多不同形态上；在自治的民主国家的存在上；在完全不同于封建或世袭概念的国家本身的概念上；在附庸国的数目和种类上；在联盟的存在上；在不稳定的均势上；在母国对自治殖民地的关系上；在处理战争与和平以外许多问题的大量条约上；在不断用作解决争端之手段的仲裁上；在关于护照的实践上——在这些以及许多其他问题上，古希腊的国际法和今天的国际法之间，比起《战争与和平法》（De jure Belli ac pacis）一书中所描写的国际法和今天的国际法来，有着更多的相似之处。"（菲利普逊《古希腊和罗马的国际法与国际习惯》，麦克唐奈尔"序言"J. Macdonell's Introductory Note to phillipson's The Int.Law and custom of Ancient Greece and Rome, 1911, London; p.24）。麦克唐奈尔引证"ubi societas ibi ius（有社会就有法律）后，他说："任何地方，发展了的国家就会彼此接触，法律关系或迟或早总会发生，不但由于默示或明示之同意，而且由于情况之需要本身，并且部分也由于构成国家之内部的同一因素"。麦克唐奈尔这位比较法教授的这番话是较有见地的。

原始公社时代，据美国学者摩根（L. H. Morgan, 1818—1881）在《古代社会》一书中对易洛魁人的实地研究，证明部落间也互派使节，使节的不可侵犯是严格遵守的；只是在罕见的情况下，接受使节的部落，作为保证，向对方

提供人质，部落间交往的这种习俗和仪式，在许多古代文献如荷马的《伊利亚德》和印度的《摩诃婆罗多》等中都有过详尽的描写。这种习俗和仪式是整个氏族制度的组成部分，同时也表现为原始宗教的规范。

随着氏族制度的解体，产生了阶级对抗的政治形式的国家，剥削阶级的扩张与“自保”成了国家对外政策的指导原则，国家间战时与平时的接触频繁起来了，一系列共同遵守的规范也形成了。这就是说国际法是随着国际社会的出现而产生的。

足见“古代无国际法”之说是难以成立的。那么国际法是否产生于中世纪呢？回答也是否定的，因为中世纪已有自成体系的许多国际法规范。例如“领海概念”已由（意）巴尔图鲁提出，并见于西班牙《海事法典》，而且为许多国际条约所肯定。又如“外国人待遇”在1495年的《大交流条约》（Intercursus Magnus）中已占突出地位（洋下《国际经济法论》，特别是我国的情况尤其值得重视。特作一简单介绍如下：

我国古代与外国所订条约极多，但由于历史的原因，少有留传下来的。据史书所载，外国人待遇都颇具法律特色，其地位堪称文明世界之冠。外侨来华贸易至唐而大盛。南唐开宝四年（公元971年）广州设置市舶司，外侨流寓广州有历时至数十年之久者（苏民：《龙川略志》，卷五十）。唐末庞勋之乱，广州外侨之被杀者，竟至12万人以上，足见外侨云集之盛况。尤其值得一提的是，在现代国际法上，外国人是没有公职权的，在旧时中国，“入籍”或“归化”条例阙如，但拂林(叙利亚)人爱薛入仕元朝，封秦国公，卒，追

封太师开府仪同三司上柱国拂林忠献王（《元史》卷一三四《爱薛传》），这是14世纪初的事，外国人竟至封公称王，在世界国际法史上确属罕见。

由此足见国际法"诞生"于西方所谓"中世纪"之说，也是于史无征的。

然而，古代国际法与现代国际法之间毕竟有个阶段性问题，古代宗教的"神权"和罗马教廷的"霸权"是中世纪及其以前国际法的突出特征，近代国际法的特征则是一种"人为法"和"意志法"。这中间必应有出类拔萃之士，异军突起，继往开来，为新局面的开创树立丰碑。这个人物我们认为就是格劳秀斯，尽管他也继承了他的前人的遗产。

对格劳秀斯作为国际法"鼻祖"地位的非议，略举下列作家为例：

一、（英）沃克（Walker）说："在他（指格劳秀斯——笔者）对他的课题的总的论述中，很少或完全没有新的见解。他的体系基本上与邵列支所提相同。"（Walker: History of the Law of Nations, 1899, Cambridge, p.330）

二、上引麦克唐奈尔那段话，除论述古代确有国际法的存在外，并指出格劳秀斯的著作作为现代国际法的范本尚不若古代国际法，虽涉偏激，但亦非妄断。

三、奥本海（L.F.L.Oppenheim, 1858—1919）说："贞提利的战争法，如霍兰（T.E.Holland,1833—1926）教授所指出，为格劳秀斯的《战争与和平法》第一卷与第三卷提供了雏型和骨架。霍兰正确地说道：'使国际法走向今日国际法的第一步，不是格劳秀斯，而是由贞提利跨出的。'"

(参见《奥本海国际法》，中译本，1954年，北京，第68页）。同样推崇贞提利的权威的话，也见于布莱尔利（J.L. Brierly, 1881—1955）《平时国际法导论》一书第18页。(Brierly, Int. Law: An introduction to Int. Law of peace, Oxford, 1963, p.18)

四、摩尔（J. B. Moore, 1806—1947）说：“正如目前所知，国际法是由格劳秀斯在1625年发表的《战争与和平法》一书所首创的这一普遍论断，乃是情势使然，因为他的著作写得明确晓畅、内容丰富而且条理清楚，所以成为这门科学发展中的一座里程碑；但是如果有谁不惮烦地审读格劳秀斯的许多篇页（现在已有少数人在这样做了），就不但会发现他主要是从早先的时代和作家们那里汲取灵感和观点，而且会发现他的许多基本理论早已陈腐不堪了。”（摩尔：《国际法及某些流行的幻想》J. B. Moore, Int. Law and some Current Inusions, 1924, N. Y. p. 295)

五、司各脱（J. B. Scott, 1866—1943）对格劳秀斯的评价则更明快而直率，他于1906年11月2日写道：“格劳秀斯被普遍认为是国际法的奠基人。这句话象许多套话一样，对是对的，但却可能造成误会。他既不是这门科学的奠基人，也不是它的‘鼻祖’，正如亚当·斯密不是政治经济学这门科学的奠基人或‘鼻祖’一样……我们从格劳秀斯朝后看，就会看到今天的国际法是植根于更遥远的过去的。”（转引自瓦尔什：《国际关系的历史与性质》，E. A. Walsh, The History and Nature of Int. Relations, 1922, N. Y. p.295)。司各脱在近代国际法起点的问题上，是推崇维多利亚的权威的（司各脱：《国际法的西班牙起源》

J. B. Scott, Spanish Origin of Int. Law, 1934, London.)

六、美国迪金森(E. D.Dickinson)教授曾根据1789—1820年间美国诉讼案件编制一份引用著名作家作品的对照表，说明格劳秀斯的地位不如别人：

	起诉书中的引文(次数)	法院所用的	
		引证(次数)	引文(次数)
格劳秀斯	16	11	2
普芬道夫	9	4	8
本克萧克	25	16	2
瓦 特 尔	38	38	22

综上所述，可用司各脱对格劳秀斯学说近似“总评”的一个字眼——“顺应时尚”来概括格劳秀斯的成就。当时罗马法盛行西欧，格氏立论常引证罗马法；封建国家以领土为重，格氏鼓吹国家的领土主权；当时的哲学、法学以“自然法”为宗，格氏乃倡言“自然法”；“三十年战争”时期战祸惨烈，格氏乃力主“克制”。

凡此种种，足见格氏的声望是起伏不定的。我们认为国际法源远流长，历史不能切断。但近现代国际法与古代中世纪毕竟大不一样。格氏著作也并非前人陈说的“汇编”，他创立了一个继往开来、启前承后的光辉学派，开拓了国际法后来学派纷呈的局面。他应为近现代国际法当之无愧的奠基人。

关于“自然法学派”就介绍到这里。我们的初步结论是：

1．“自然法学派”是资本主义从封建母体里诞生的一个“混血儿”：它既是反神权统治的、反封建制度的；与此

同时，它又是维护资本主义扩张的利益的；而它头上却顶着一个人文主义或人道主义的色彩斑斓的、令人眼花缭乱的光冕，这就使人对之感到迷惑和钦佩莫名；

2．这个学派创言一种不会改变的、无所不在的、不言自明的“永恒法”，其实质在于为资本主义制度的永存提供法学理论的保证；

3．不容忽视的是，在国际法基本规范的制定方面：如国家平等、人民主权、权利产生于义务等方面，这个学派是有过贡献的，而在现实政治斗争中，它对欧美的革命变革是提供过思想武器的。

下面我们转入“实在法学派”的述评。

附录：洛里默

严格地说，洛里默（Lorimer，1818—1890）虽创言一种自成体系的“自然法”学说，但他生活的时代已是十九世纪后期，推崇帝国主义的“大国意志”不遗余力，很难说他属于此处所称“自然法学派”的行列。他出生于爱尔兰，就读于爱丁堡大学的珀斯（Perth）学院，复赴欧洲学习，1845年成为苏格兰律师协会成员，很少办案，写过一部《苏格兰法律手册》，并常在《爱丁堡和北部不列颠评论》上投稿，以博学多才知名于时。1865年受聘主持爱丁堡大学新恢复的、继普芬道夫之后取名“自然法与万国法”的讲座，直至晚年。1873年他参加创立国际法学会的工作。他与许多外交家与政治家相结识，为了让自己的学生在外交与领事部门谋职更方便。

洛里默的“自然法”学说：

最著名的是他的所谓“事实原则”。照他看来，自然法

的法则乃是对“自然事实”的必要的推论，而这种“自然事实”，就是构成万国法之压倒一切的特征的“权力关系”，他称之为所谓“事实原则”。与这种“权力关系”相一致，他认为国家之间不可能有平等，因为事实上它们是不平等的。他主张“实在法”无非是“自然法的一种‘宣示’”，而社会和政治制度之起源与历史，无非说明人之本性及个体或政治实体间人际关系所必然产生的结果。他认为应按国家实力的强弱，其中包括“道德与智能素质”，来衡量它们的权利。这就决定了他对国家之“承认”的一整套主张。“低级国家”只能得到部分“承认”。除了客观因素外，“承认”还取决于主观（道德）因素，即取决于接受“承认”一方之报答的意图。而从宗教方面来说，这种“报答的意图”，洛里默甚至在1883年还认为不能寄望于穆斯林或其他非基督教国家；从世俗方面来说，“承认”也可因其他原因而拒绝，例如“独断专行”之如法国大革命或如作者所暗示之“共产主义与社会主义”。国家之被“承认”的权利，其实质在于国家的自由权，这也包括扩张权与征服权。凡追求这种“自由”的战争就是“合理的”战争。对于“仲裁”，洛里默毫无信心，他怀疑提交仲裁之争端“能否象通过外交途径那样可靠、省钱和迅速地得到解决。”

以上就是洛里默于1883—1884年写成的《万国法精义；论个别政治实体的一般关系》（Institutes of the Law of Nations; A freatise of the general Relations of seperate Political Commronities)的主旨。此外，他也谈到裁军，并提出了一份袒护大国的欧洲国际政府的方案，事实上也是一种空中楼阁。

第三章 “实在法学派”阶段

随着资本主义制度日趋巩固，也随着自然科学突飞猛进的发展，求实精神在国际法理论中也突现出来。其主要标志就是对大量涌现的国际条约的重视。“资本”之于资本主义，一如土地之于封建制度，乃是资本主义整个历史活剧的唯一“导演”，多少惊心动魄的政治事件，多少可歌可泣的英雄伟业，多少流血或不流血的沧桑巨变，都是由“每一个毛孔里都沾满血污”的“资本”所编排和谱写的。资本主义由商业资本到工业资本的转化，给国际关系带来许多前所未见的问题。老牌封建帝国的西班牙，尽管依仗在美洲殖民地搜刮年以千百公斤计的白银与黄金，但由于它只拥有脆弱的商业资本，从美洲滚滚而来的黄金在国内没有安身立命之地，相继外流，养肥了别国的国库；第一个爆发资产阶级革命的尼德兰，并未能继续其17世纪初的海上霸权，根本原因也在于它的经济是脆弱的商业资本。工业资本是先天带有更明显的掠夺性、扩张性和侵略性的；它要求扩大市场和占有原料基地；它要求扩大再生产和超额利润；它要求转嫁危机和占有殖民地。这就是从资本主义向帝国主义转化时期国际政治的基本契机。大国间要维持国际关系的基本稳定，要解决它们自身间的主要矛盾，不得不在实力后盾下，签订各式各样的条约，其中包括某些国家的建立、归并和灭亡，外交关系之

建立、边界划定、制定航海法和内河航行法、瓜分殖民地、划分势力范围、领土主权之转让、强迫别国，对政治、经济和军事特权之授与、中立国权益之保护、重大罪行之禁止（如"贩奴"）乃至外国人待遇标准等，不一而足。根据奥地利学者俾特勒（Bittner）的统计，自维也纳会议至1924年共签订16,000项条约，而据美国人蒲尔（Pool）1917年的估计，当时有效的条约，数达10,000项。由于条约的签订是基于协定，也就是基于"共同意志"，于是就产生了基于"共同意志"的"实在法学派"。传统国际法就建立在这种"共同意志"的基础上了。一如"自然法学派"标榜"自然理性"一样，"实在法学派"是标榜"共同意志"的。事实上，这种"共同意志"，在许许多多政治性法律规范上，无非是大国间为了资本的利益而进行的一种内以统一步调外以掠夺世界的"串谋"罢了。

"自然法"向"实在法"转化的历史形态

罗马教会对全体基督教世界适用它的寺院法。寺院法源于古典罗马的民法。古代罗马法给"新"的寺院法提供了实在法的内容。在赋与自然法以一种特定内容时，教会便将它改头换面为实在法。例如罗马教皇格列高利九世曾将寺院法汇编成法典，用以指导教会的决定以及私人争端。这表现出在社会上制定、适用与强制推行法律的这个三重过程，乃是实在法的本质之所在。

使自然法富有活力与社会性以后，当自然法从心灵世界转入物质世界并可强制其实现之时，自然法就变成了实在法。中世纪的自然法适用于君主与人民之间、君主之间或人

民自身之间的交往。作为适用于统治者间或者说国家间之法，自然法也构成了一种国际法。具有特定法律体系的这些独立国家也构成一个有着自己的法律秩序的法律共同体。只要仔细阅读一下《人权宣言》（1789），人们就不得不相信自然法的实在法性质了。根本的原因在哪里呢？就在于实在法学派，一般说来，是否定自然法的。但是当维护他们的立脚点或有争议的利益而又提不出"实在法的"条例时，他们也就会羞羞答答地诉诸自然法了，只不过自然法被视为完全属于道德领域而不属于法律范围。《美国百科全书》（1977）的国际法定义（详下），正是钻了这个空子。然而在政治生活中自然法的古老的纯思辨理论，终于结出了实用的果实并取得了巨大的成就。自然法在国家法和国际法中耗尽了它的气力，自然法消失在实在法里了。

以上就是"自然法"与"实在法"之间内在的辩证关系。

威斯特发里亚和约对国际法的影响

"三十年战争"（1618--1648）的导火线是波希米亚国王的选举。新教君主们和天主教君主们各自组成联盟。战争在人选问题上爆发——是选举新教的帕拉丁选帝侯腓德烈五世还是选举旧教的斐迪南——归根到底，这是一个机会，新教君主们可借以对抗帝国的天主教会，而帝国可以对新教徒强加一些清规戒律，以遏制宗教改革的势头。但是由于许多大国——丹麦、瑞典、西班牙和法国——逐渐卷入这一场主要在德国、意大利、低地国家和西班牙进行的宗教战争，在法国的鼓捣下，它终于变成了法国和哈布斯堡家族的一场争霸战

争。这可以说是欧洲近代国家的第一次争霸战争。自此以后，十六世纪那种王国是当权家族的世袭财产的概念归于消失，完全自治的和民族的国家概念已取而代之。威斯特发里亚和约签订后，国家的性质起了很大的变化。国家意味着固定的领土，它不再是国王的世袭财产，而是公法上的一个实体，这个实体既区别于主权者，也区别由议会所代表的那些个人，而成为统治阶级的阶级工具。近代国家的主权概念已在博丹（Bodin，1530—1596）的《共和国论六卷集》（Six Libres de la République，Paris 1577年）中提出。君主的“主观的”主权转化为国家的“客观的”主权。主权是“国家的绝对的和永久的权力”。国家不再受天主教世界的宗教约束，也不受神圣罗马皇帝的羁绊。“国家利益”的概念突出到首要地位，而1555年奥格斯堡宗教和约所规定的“教随国定”原则，确定了“国教”的地位。这些都是前所未有的事。罗马教皇无法维护特兰托（Trent）会议（1563）的三项特权。这三项特权是：①教会对个人与上帝的关系可以实行干预，②自由意志与德行的需要是信仰的实际产物，③圣经的讲授及其解释都由教会全权掌握。这些原则正是教皇的护符。威斯特发里亚和约包括在相距二十哩的两个地方签订的文件，一是神圣罗马皇帝和法王（用法语）在闵斯特（Münster）签订的，一是神圣罗马皇帝和瑞典女王（用拉丁语）在奥斯纳布吕克（Osnabrück）签订的。和会分二处召开的理由有两个：一个是宗教的，法国是天主教的卫道士，瑞典则是新教徒的代表，一个是封建性的“外交先序权”问题，如果在同一个和约上签字，法王和瑞典女王互不相让，都要在文件上名列首位，因此双方无法坐到一个桌面

上来。这个条约在国际关系上的成就，是日耳曼约三分之一的城邦国家（332个）取得了独立，并且使尼德兰和瑞士脱离帝国，将阿尔萨斯的大部分归并法国。在宗教方面，则重申奥格斯堡宗教和约（1555）的条款。"奥斯纳布吕克和约"规定下列宗教是允许的：天主教、路德教和喀尔文教。事实上除奥地利以外，帝国的每一个主权者或君主都享有信仰三种宗教之一的任择权，并行使对那些不愿意信教的人的驱逐权，这就是"国教"合法化的结果。而不信仰"国教"的少数人可以要求别的君主的礼遇，后者可行使接待权。这表明不信仰国教的人享有自一国迁往他国的移居权。这些办法包含两个基本原则：（一）宗教共同体的地域性；（二）新教形态的"政教合一"。国家的绝对主权产生"国家利益"的伦理原则，也产生"君权神授"的宗教原则。神圣罗马帝国的皇帝屈尊降卑，成了松散的日耳曼邦联的奥地利头目。罗马教皇重抖余威，宣布威斯特发里亚和约是"非法的、该死的、应遭神谴的"。但是大势所趋，诸侯国纷纷世俗化，近代的国家一一出现，一纸圣谕就没有回天之力了。

三十年战争以后欧洲政局的进程使国际法在实在法方面得到了加强。"同意原则"取得了较过去更大的力量。威斯特发里亚和约（1648）本身就是欧洲外交第一个巨大的行动，是第一个靠条约解决重大国际问题的创举。此后国际会议频繁召开，报纸的创办也有助于传布达成的协议，会议记录也公开了，外交文件已开始收集了。在法国、英国和德国出版了条约集。在确凿无疑的事实面前，作家们不再沉溺于形而上学的抽象思维，而是日益倾向于从历史事件所提供的大量资料中作出一般的概括。注重事实的归纳法取代了抽象

的演绎法，这无疑是对“自然法”釜底抽薪的重大变革。这就大大有利于国际法的发展，而经过明示或默示同意的条约或习惯也就得到了承认。到这时，实在法学派法学家均承认国际条约和国际习惯所包括的准则具有实用价值和法律性质，都承认国际关系中可能存在一种合理的规范，承认实在法是不能由“自然法”所代替而只能受其指导的，并对系统的阐述和法典编纂工作也予以重视。下面就来介绍几位“实在法学派”的代表人物和他们的学说的基本内容。

实在法学派先驱——卓奇

卓奇（Zouche，1590—1660）出生于英国安斯提一个领主家庭。1609年任牛津新学院研究员，1617年参加民法博士会馆任律师，1619年获民法博士学位，翌年荣任牛津大学钦定民法学教授。1621和1624年他两次当选为议会议员，1632年任牛津教区主教顾问。此后，他一边在伦敦执行律师业务，一边在大学进行学术研究，并主持制定大学的规约（1629—33）。1641年他被任命为最高海事法院法官。政治上属于保皇派。内战期间他同情王党，在改造大学问题上，他反对无效，接受了议会党人的意见。克伦威尔掌权后，免除了他的法官职务。他的后半生主要在牛津大学渡过，这期间未曾得到任何党派的重视。查理二世登极后，他又恢复了海事法院法官之职，但一个月以后他就去世了。

他的法学理论的基础是《法理学精义》，这部书在方法和题材上主要是根据罗马法。他的重要作品和卓越声誉是与国际法有关的。他也是第一批正式使用“国际法”一词的人，他的传世之作即取名《论祭司法和祭司程序法或国际法

及其有关问题》(Juris et judicii feciclis sive juris inter gentes et quoestionum de eoden explicatio, oxford, 1650)。国际法一词之取代万国法，树立了本学科发展史上的里程碑，有些作家也把卓奇称为近代国际法的奠基人之一。

他的学术观点，由于采用了实在法学派的方法，与英国的法学传统是一脉相承的。他十分关注实例和先例之引证。英国学派主要是讲求实际的，它考虑的是针对特定环境和实际需要的政策与法律规范。塞尔登(Selden,1584—1654)的著作《闭海论》(Mare clausum)和他的《自然法》(De jure naturali)就几乎完全采取了实在法学派的方法。在许多哲学名家如培根(Bacon, 1561—1626)，洛克(Locke, 1632—1704)和霍布斯(Hobbes, 1588—1679)的著作里，尽管彼此存在着深刻的分歧，也都有着实在主义的倾向。在很长时间里，牛津大学存在着一个有影响的法学派别，强调习惯、实例和条约的重要性。卓奇是这个学派的卓越代表。

然而卓奇的论证方法却是一种独特的提问法。他的《国际法》一书共分两部分，第一部分为概论性质，仅占全书的四分之一；第二部分为赔偿法，为全书主干，第二部分的小标题全都是一个个独立的问题。这些问题许多没有解决，有些没有得到肯定的答复，仅仅用了些例证或类比，甚至有些仅仅作了一些暗示性的或试探性的答复。

例如《国际法》第Ⅱ部第7节的第1个问题是："冒渎'自然'的人应否被认为是敌人？"回答是："瓦斯奎兹、莫琳纳和其他的人，从战争的正义性着眼，要求进行战争的人

应该是受到损害者或者是对进犯者拥有管辖权者。但是也应该承认君主们不仅有权对那些危害他们自己或他们臣民的人要求赔偿，而且有权对危害任何人的人要求赔偿，如果该项罪行严重违反自然法或国际法的话；因为惩罚权不仅来自民法，而且也来自自然法。然而，这种目的在于施加处罚的战争，容易被判定为不义，除非该项罪行十分残酷和触目惊心”。在这里卓奇引证了别人不同的意见，并进行了分析，但他自己的观点依然暧昧不明。又如人质冒犯了提供他们的人，能否对人质处死？他列举了贞提利的肯定意见，格劳秀斯的否定意见，但他本人却未置可否。此中原因可见于他在《国际法》的《告读者》一文中的话：“作者避免根据自己的意见决定任何问题，他认为追随苏格拉底学派的办法是聪明的，即在引证案例和原则并从多方面解释论点以后，听任读者自由而不受拘束地作出判断。”从历史背景来说，在他从事写作的那个时代，欧洲时局动荡不定，国际关系极不稳定，国家组织正在变革，实践规范也不可避免地随时改变，因此他不愿作出教条式的定论。据此论定卓奇的论证方法是由于判断的无能，就失之公正了。

卓奇的整个体系建立在一个主要原则——人类社会原则——之上。这是他的《法理学精义》的根本概念，他此后的著作都是这个概念的进一步发展和运用。首先他研究私人之间以及主权者和他的臣民之间的私法、公法和程序法规范，然后他研究特定社会的法律程序。这些社会包括：“关心宗教和神事的神的社会”，“在战时和平时实行兵役的军事社会”，“从事航行和商业的海上社会”以及“倡言忠顺与和平的封建社会”；最后他研究了国家间的关系。在所有这些

论文中，他首先考虑的是“权利”，亦即普遍接受的法律命题，然后考虑“赔偿”，并包括引起争论的一些问题。由于受罗马法的影响，他将平时法和战时法都分成四个项目：身份、所有权、责任和不法行为。查士丁尼关于公民的权利和义务的规定被导入国家关系中来，他直接适用和参考了各项原则，仿佛两种情况是一模一样的。现将上述分类法在《国际法》一书中的适用情况，列表示例如下：

从下表可见，卓奇体系的最大特点，是将平时法置于战时法之前，尽管原著中未明确提到这两个词语。在原著中，卓奇是从第二部分（补偿法）的第6节开始论证“战争问题”的，直到全书之末的第10节都是论证有关“交战国”问题。他曾自称是奉贞提利和格劳秀斯为师的。但贞提利传世之作取名《战争法》（De jure belli），即以“战争法”为国际法的全部内容；格劳秀斯传世之作取名《战争与和平法》（De jure belli ac pacis），也是首重战争法的。卓奇是国际法史上首重和平法的第一人。他曾论证同所有的人，例如同蛮族和平相处是否可能；能产生更大利益的是和平还是战争；对非正义的和平与一次“义战”应如何取舍等问题。除对第一个问题作出肯定答复外，其余两个问题都只罗列了不同学者的意见。但卓奇对和平是珍惜的和推崇的。他说：“和平是不同的君主与民族间的一种合法的和谐，他们彼此的生活赖以得到保障”。这是国家间的一种正常状态，它的利益压倒一切。和平分为两种，一种是“道德和平”，即上级与下级之间的关系，例如家长与其他成员间的关系；一种是“民事和平”，即平级之间的关系，例如城市间或国家间的关系。然而，他承认国家间事实上的不平等，但是为了

	平时问题	战时问题	争端之解决	战　　争
身　份	主权者与臣民及 国家的相互地位	军事力量的种类 敌人的种类	主权 主权者与臣民之关系 国籍	什么人能被当作敌人 住所
所有权	占有 如何取得	战利品 战后复原权	占有之理论 领海	财产怎样取得 海上捕获 敌船上的中立国货物 违禁品 临检权
责　任	使节 大使 条约 盟约	军事条约 过境权 休战 和约 人质	君主之等级 大使 主权者之同意 继承者是否受早先条约的约束	个别战斗员 战俘 在中立国领土追捕敌人 何时可逮捕大使 将军所订立之条约 被俘时所订条约 人质 休战 通行证
不法行为		毁弃军事条约 战时之非法行为	对臣民之侵犯是否为对其主权者之侵犯 引渡 干涉 船舶之征用 条约之违背	宣战是否需要 人质 报复法 (lex talionis) 是否合法 战时对战俘、妇女、圣地的冒犯行为

彼此交往、礼仪而特别是贸易的缘故，就迫切需要维护和平。

卓奇原著中的第二个特点，是他提出的问题很多都是当时具有现实意义的。例如由于奥朗日的威廉亲王的继承和西班牙王位继承问题，“继承”在当时就成了急如燃眉的问题。关于“继承”，他在书中一共提了六个问题，最后一个问题是：“对克利夫和朱丽叶的公爵约翰·威廉之死，继承权究应属于萨克森的公爵还是布兰登堡的侯爵抑或纽堡的公爵呢？”卓奇列举了大量史实，但未作出明确的答复。然而，就重视当时的事实与事件来说，格劳秀斯的缺点成了卓奇的长处。

卓奇对下列问题的论述是有创见的。

（1）关于和平解决争端

一旦主权者之间或他们各自的臣民之间发生争端，和平解决的办法有四种：一、交付常设法官审判；二、提交仲裁国仲裁；三、按行为地法处理；四、听从法学家的意见。此外，他补充说，公民可以初步接受外国法院的管辖，只要他是在外国境内犯罪的。这些意见是在一个各国都准备随时动武的时代提出的，曾引起后代许多学者的重视。

（2）国籍与住所

在卓奇所处的时代国籍理论是很混乱的。争点在于一个人能否有几个国籍。现代普遍接受的原则是，“一个人只能有一个效忠义务”。卓奇曾精确而明白地解释过这个原则。他肯定了法国法院关于住所的一个判例，说：“尽管在外国的住处或住所使一个人必须接受管辖并承担公共义务，但它不足以使这个人享受那些属于在该国出生的人的民事特权，除非履行了特定的登记手续。”例如1848年勃劳翰勋爵打算

归化为法国人时，法国司法部长M·克利米安通知他说，这样做必须放弃他作为英国臣民的权利。

（3）大使与外交

卓奇追随格劳秀斯，认为大使的特权是基于国家间的协议，亦即基于“意志国际法”。对大使的侵犯，等于对驻在国和派遣国的侵犯。

关于条约，卓奇宣称，主权者的行为或诺言与公共政策或国家的重大利益相抵触时，后者居上。例如主权者答应援助另一国而遭到严重困难时，卓奇采取一种严格的“情势不变”原则，认为诺言可以取消。

此外，在战争法、航海法方面卓奇均贡献卓越。奠定卓奇在国际法上地位的，首先在于他把国际法建在实在法的基础上。他认为“自然法”与“协议法”可能一致也可能冲突；当发生冲突时，普遍的抽象原则应服从特定的具体原则。他认为大使的特权并非建立在“自然法”基础上，而是建立在国家间的协议上，这是颇有见地的。他下面这些话，是“实在法学派”的纲领和宣言：

“除了一般习惯以外，个别国家同其他个别国家所一致同意的任何东西，例如协议、公约或条约，也应被认为是国际法，因为一个国家的正式诺言是能创立法律的，全体人民正如同个别人一样，都要受他们自己同意的拘束（Sect，I，I）

卓奇的国际法定义

卓奇（Zouche,1590—1861）的定义（出处：《论祭司团法及法官，或国际法及其解释问题》）。

“国际法是由大多数国家间根据

符合理性的习惯所接受、或者是由个别国家所同意之法”。

显而易见，卓奇的国际法是以习惯——假定它们是合理的——和条约为基础的。卓奇不愧是第一个“实在法学派”——这个名目所指的是这样一些国际法学家，他们强调“人为法”或“实在法”，也就是强调条约和习惯。他在原著中与“自然法”的断然决裂，他的“实在法”方法论的卓越运用，标志着国际法科学新纪元的黎明，尽管在当时还难以觉察，而在他的祖国——英国更甚于在大陆，这是因为在政治上他是一个保皇党人，在共和时期不免引起一些麻烦的缘故。

宾克萧克

宾克萧克（Cornelius van Bynkshock，1673—1743）出生于荷兰联省共和国设兰行省的米得尔堡一个商人家庭。他先在弗利兰的弗兰克大学攻读古典文学后转习罗马法，成绩优异。后来在海牙执律师业务，1702年出版了他的成名之作《海上管辖权》（De Dominio Maris N·Y，1923版），讨论了早两个世纪引起巨大争论的海洋主权问题。象格劳秀斯一样，他没有长期充当律师，大半生当法官。1703年他受命为荷兰、设兰和西弗利斯兰最高法院法官，1724年擢升院长。他的职务使他得以深入了解国际关系的性质与习惯，并洞悉海上国际法的惯例和实施细节。1721年他出版了论大使权利和义务的《论使节》（De foro legatoruin，oxford，1940版），1737年出版《公法问题两卷集》（Quaestionuni juris public libri duo，oxford，1930版），此书第一部分《战争情态》（De Rebus bellicis）论述了国际法和战争习惯的主要问题。他的未完成的作品《私法问题》（Quaestiones juris privati）于死后出

版。他的有影响的作品都收在了1761年日内瓦出版的他的两卷集中，他还有些作品根据他本人的意见没有出版。

宾克萧克在国际法学家中间声望卓著。霍尔（W. E. Hall，1835—1894）曾说他是真正重要的一位最早的作家，他的继起者中少有在见识和眼力方面能赶上他的人。其实他题材的范围不及格劳秀斯、普芬道夫、沃尔夫或瓦特尔那样广泛，因为他无意于撰写一部关于国际法的自成体系的著作。他说，他不愿拾人牙慧，重复别人讲过的话。他推崇格劳秀斯和普芬道夫，尊为自己主要的先行者，对贞提利和卓奇则评价较低。他轻视引证希腊和拉丁诗人及演说家的原文。但他对所研究的问题，论证全面而深入，逻辑谨严，并具有罕见的实践知识。他经常发表跟他本国的实践完全相反的观点。例如在关于敌船上的中立国货物这个问题上，荷兰靠连船带货一齐没收的办法大发其财，但宾克萧克却主张只有敌货可以没收，中立国船只应归还原主。他论证的特点是注重实践，而不重学究式的抽象思维。

宾克萧克强调实在因素，并把它作为自己著作的唯一基础。他认为国际法的基础是"信用"。他说："在独立国家间不存在法之强制，在它们间命令是行不通的，而唯有命令才产生强制力。然而国家间彼此遵守诺言是靠信用和公共好处。这两者应被认为具有巨大的效力，正如同最强有力的责任一样。"国家明示或默示的意志，较之"自然法"的复杂理论来，重要得多，尽管在任何体系里"理性"都起矫正的作用。他说："各国的习惯在变化着，国际法也在变化着。理性却始终如一。"遇到疑案应根据经常付诸实践的法律来论断。国际法系来自习惯、传统和惯例以及条约中所表现的

各国之一致的同意。习惯也建立在足为证据的条约和法令上。缺乏成文法时，长期存在的普遍习惯和实践就可推论为具有法律性质，并对所有的人具有拘束力；就这样国家接受了权利并承担了义务。如果不是这样，和平、战争、商业、大使和盟约就都没有意义了。明示的同意经常压倒推定的默示的同意，别国某些行动有时可能违反我们的利益，但我们应从理性的角度而不是从自身利益或其他角度来对待。我们的法律和条约所规定的规范本身不足以建立国际法，它们必须符合理性才是正当的和有效的。宾克萧克企图把理性和习惯和谐地结合起来，作为国际法的基础。这个办法尽管很理想，困难却在于如何准确地决定理性的真正含义。有时它被按照罗马法上的含义使用，有时它被联系到直觉、道德良心或常识。在宾克萧克笔下，它完全表示常识的合乎逻辑的运用。他说："公法的规范同'法典'与'学说汇编'无关，同教喻与神旨亦无关，"他反复鼓吹现代国际法依赖惯例与习惯，受理性指导。在所有国际法家中，他是第一个广泛使用由条约所提供的材料和习惯证据的人。

宾克萧克详细地论述了国际法的几个重大问题，其中有海上主权、大使的权利和义务、中立、违禁品、中立国商业以及战争法中的个别问题。现就这些问题简单介绍一下宾克萧克的观点：

1．海上主权

《海上管辖权》一书讨论了十六和十七世纪争论最大的问题。卷入这个争端的学者，人数甚多，代表人物为格劳秀斯（《自由的海洋》）和塞尔登（《闭海论》）。格劳秀斯坚持有效占有的必要性，并区分绝对财产（指继承时在处分

上不受任何限制的财产）和主权、“Qeeanus apertus”（开放海洋）和“Maria interiora”（内部海洋）。塞尔登则不明确区分领海和公海，他断言英国对周围海域拥有主权，并否认荷兰有权在英国沿海捕鱼。宾克萧克追随格劳秀斯，采取了罗马法上关于取得财产的学说，即继续占有具有本质意义，可是这在海洋上是不可能做到的。他指出塞尔登的论证不能成立，因为他混淆了mare proximum（近海）和mare exterum（外海），宾克萧克并嘲笑威尼斯总督对亚得利亚海的传统的婚娶，否认英国的海上优势，并进一步反对塞尔登的主张。塞尔登说占有岸边的相邻水域，事实上把向海洋更远处扩展的权利也包括在内了。然而，宾克萧克承认海洋的某些部分是能够实行排他的占有的——首先是mare ferrae proximum（近岸海洋）；其次是完全被特定国家相邻领土所包围，有一个通海的出口，其两岸均被它完全占有者——例如通往罗马之地中海，以及他那时代的通往土耳其的黑海。

关于领海宽度，博丹根据巴尔杜的学说，主张海上国家的主权者有扩及于离岸至少六十浬的权利（《共和国论》La Republic,I,C,X,p.170）。宾克萧克首先解决这个问题，或者说他至少提出了边缘海的一个可接受的定义。基于武装力量的有效保护是衡量领海主权标准，他在1703年说“陆地管辖权以武器火力的终点为终点”。但在后来（1737年）稍有改变，成了“陆地主权以武器火力的终点为终点”。自海洋测定的炮弹射程所构成的海里格（一海里格为三浬）距离，就是领海的宽度。宾克萧克的这一意见，不仅为许多国家的立法所采用，而且写进了许多重要的国际文献中，例如

1882年的北海渔业公约。其影响至今还有相当大的势力（详后《海洋法论》）。

2．大使的法律地位

过去在使节问题上的实践是混乱的。宾克萧克从已有的资料中制定了原则并系统地发展了理论。他认为所有国家的使节，不论职称或等级如何，都享有平等的受保护权，包括他们的家属、仆人和随从。他还认为本国公民受外国委任为使节者，不得享有任何豁免权。大使不得由地方法院审判和惩办，尽管他们可能犯下危害国家安全的罪，按照十七和十八世纪的习惯，他们可以被逮捕、讯问，并且如果罪行属实，可以驱逐出境。大使的住所和他的人身一样是不可侵犯的，但不得给罪犯提供避难；此外，第三国不准对大使采取任何报复措施；但国家得因自己的大使受到侵犯而实行报复。

当大使违反他所接受的秘密指示时，他的行动能否约束他的主权者呢？宾克萧克认为，如果大使的行为符合大家都知道的他的职权，而仅仅是违反秘密指示，主权者还是应该受到约束的。近代许多作家都支持这一观点。

3．中立法

国际法史大师欧内斯特·尼斯曾说，在中立理论的历史中，宾克萧克占有卓越的地位。

宾克萧克明确地承认中立国贸易的权利，并承认有必要从法律上而不仅仅是从外交上来调和中立国与交战国互相冲突的利益。理性而非个人利得应该起指导作用。他的主要的指导原则，即代表当时理论上和实践上的实质性进步的原则，是中立国有义务不以任何方式援助一个交战国并因而损害另一交战国，从而得到交战国不损害它的和平贸易的权利。在中

立国领土上召募部队不在禁止之列。当时募兵权经常为条约所允许——例如1656年英国和瑞典的条约即有此规定。

此外，宾克萧克在“违禁品”、“封锁”、“海事捕获法庭”、“私掠船”等战争法上都提出过卓越的见解。而在《战争情态》一节中，他讨论了经常被引用的“国家利益”的问题，他说了一段极有见地的话：

“如果各国政府屈从这个魔鬼（指“国家利益”——引者），并沉迷于此，按照它的指示行事，把别国的财产认为是自己的，那么，研究国际法和讨论它的准则，就毫无意思了。”

摩　塞　尔

摩塞尔(Johann Jacob Moser, 1701—1785）出生于斯图加特，毕业于格廷根大学法学院，在维也纳及其他宫廷担任过行政职务，于1732年返回母校任教授之职，其后也屡次在德国各地参与宫廷事务和大学行政工作。晚年致力于著书立说，留下大量有关国际法和国家法的著作。他曾被W. S. M. 莱特（W. S. M. Knight）在所著《格劳秀斯的生平和著作》中奉为“近代国际法真正的鼻祖。”他的主要著作是《论欧洲最新国际法》（Versuch des nenesten enropaischen volkerrechts,1777—1780），为一部共10卷22章的巨著。摩塞尔宣布真正的欧洲国际法就是欧洲统治者和国家所习以为常的国际习惯。他认为“自然法”是无用的，因为“自然法”的最基本的东西，在许多最伟大的学者中间也有争论，对它加以曲解也是轻而易举的，而且它对许多特殊问题都不置一词。外交官有时在正式文件中援引“自然法”，这一点他承认，但是他说，反对者应该“以

其人之道还治其人之身”，这样一来，一切就会露出本来面目——全是胡言乱语。

与此同时，摩塞尔肯定了国际法的存在。作为证明，他列举了许多外交条约，并把宫廷间的书简也作为实例，在书中全文照录。他认为国际法是由条约和习惯组成的。因此，国际法科学只能以此为基础。他也承认，对理论科学来说，原则不能用实例来建立，而实例应该用原则来检证。但是，照他看，这个原则，对于他所设想的真正的欧洲国际法科学是适用不上的。

显然摩塞尔是受了当时影响知识界气候的经验学派哲学思潮的影响，而且德国人有一个“普通人的有限理解”的概念，因而他缺乏把感性知识提到理论高度的能力。用他自己的话来说，他不是要提出什么“政治幻想”，而是“由一个无意于妄加评断而满足于观察和照录事实的旅行者漫游整个欧洲所得出的一份有条不紊的政治行程纪实。”然而就法律体系的建立来说，观察和事实的汇编还不过是个初步。事实上，当他提出“调停”，“条约之解释”及“大使之豁免权”诸规范时，他并未表明这些规范可得之于他所提供的事实。摩塞尔的主要贡献在于，他把思辩及对国家实践之借重这种方法论第一次用到国际法的研究之中。加上他政治气节高尚，由于猛烈抨击独裁公爵的暴政，反对符腾堡侯爵参加七年战争（1756—1763），而被囚禁于霍亨维尔（Hohentwil）要塞达五年之久，他却用腊烛的尖端在所得到的书籍和几张信纸上进行写作。他的“实在法学派”的思想，在英国和美国都受到极大的重视。

边沁与国际法

在边沁（Jeremy Benthem，1748—1832）首创International一词，正式将Jusinter gentium翻译成英语International Law以后，“国际法”的确称才流行开来，这正是边沁对国际法的卓越贡献。

功利学派的创立人边沁，1763年毕业于牛津大学，执律师业务，无重大成就，早年即形成对现行法律的批判态度。1776年发表《政府论片断》，尖锐批评了布莱克斯通爵士（Sir wihiam Blackstone,1723—1780)的名著《英国法评论》（Commentaris on the Law of England, 1765—1770)，认为布莱克斯通接受了现行封建法律制度，对许多法律规范均持默认态度。这表现出边沁对封建法制的不满态度。1780年他打印成《道德和立法原理导论》（Introduction to The principles of Morals and Legislation）一书，于1789年出版，这本书原来是计划中的刑法典的导言。从打印到出版的这些年间，由于大量法学著作与立法条例的出现，作者觉得“本书中所陈述的原则是如此重要，不可避免地要被零星地引用或整段地转抄”，于是乃毅然发表。书中开宗明义提出了“功利原则”。作者在1822年7月注释中说：“这个提法最近已予以补充或充实，成为最大幸福原则。这是为了简明的缘故，免得烦琐地讲这么个原则，即讲到人类活动的目的，在一切环境下，特别是在一位官员或许多官员行使政府职权的情形下的人类活动的目的，正当的和恰当的并为一般人普遍响往的目的，正是所有利益相关者的最大幸福。”这就是说立法的目的应该是最大多数人的最大幸福。此后他访问了俄国，并就“园形监狱”的原则写

了大量文章，在《刑法原理》一书中提出了许多刑法改革的崭新意见，这些意见尽管得到政府的赏识，但他的计划却未能实现。他曾参与创办《威斯敏斯特评论》（1823），推进了哲学上的激进主义，但很少投稿。他留下大量手稿，他的著作直到二十世纪才出现完整的版本。他的著作包括法理学、伦理学、逻辑学以及经济学（较少）。前两种的影响是巨大的，结果是在法律和道德中以理性和功利代替了其他的依据。他的著作对资产阶级立法起了实际的影响，并大大推动了法典编纂、成文法的制定以及古老的和专制的法规的废除。他根据理性和功利原则对法制改革起了推动作用，这是他巨大的成就，但正如马克思所指出的，边沁及其门徒的功利论变成了"替现存事物的单纯的辩护"，变成了对资本主义"合法"关系的论证。同时，这一理论"所能批判的仅仅是那些从以往时代遗留下来的、阻碍资产阶级发展的关系"①

关于"国际法"一词，边沁的论述如下：

"其次，要谈谈其行为是法律客体的人的'政治性质'。在任何特定情况下，这些人可以或者被视为同一国家的成员，或者是不同国家的成员：在第一种情况下，法律可归于'国家的'一类，在第二种情况下，就要归于'国际的'法理学了。'国际的'一词应该说是个新词；然而它也是可以类比的和可以理解的。在更大的意义上，它是特意指明一般归入Law of Nations（万国法）名义下的那个法律分支的：'万国法'，这个名称是如此的莫测高深，以致如果不是出于习惯的力量，看来它无宁会归在国内法理学里了。大法官达

① 《马克思恩格斯全集》，卷3，484页。

格邵(D'Aguessean)已经说过类似的话；他说一般称为droit des gens(万国法)的东西，应该叫做droit enter des gens（国际法）。”

由此可见，边沁是用International Law一词来代替Jus inter gentium（万国法）这个古老的词语的。边沁只引用达格邵的话作为他创新的依据。殊不知早在16世纪弗朗西斯科维多利亚就用过jus inter gentes一词，而17世纪的卓奇1650年发表的名著的书名也用了Juris inter gentes一词。但英文“国际的”一词的发明毕竟是边沁的一大功绩，应予充分的肯定。此外也有论者指出Jus gentium一词最切贴的译法应为Law between Nations，仅提出以供参考。

马腾斯的“实在法”

马腾斯（G. F. von Martens, 1756—1822）也应算18世纪的一位“实在法学派”人物，尽管要加上适当的限制。1789年这个普鲁士人用法语写成《基于条约与习惯的现代欧洲国际法纲要》，此书于1795年译成英语在美国费城出版。后来又译成德语，书名中的“习惯”一词改为“传统”。他用实在的、特定和意志自由的法来反对自然的、普遍的和必要的法。他的著作长期被认为是欧洲国家所承认的最完整的国际法讲义。他编辑了起于1761年的文件汇编，是较其他汇编跨时更长、内容更充实的一种。他曾说：“除了在自然法研究领域中取得了人类精神的进步外，实在国际法的研究在一段时间里几乎被置诸脑后。普芬道夫教导他的学生把国际法和自然法混为一谈，并由于普遍条约的缺乏，对实在国际法就不加考虑；托马西乌施（1655—1728）以自己的全部权威支持这一观点；在他

们之后，沃尔夫只顾从事广泛的理论研究，经常把他为之写作的世界付诸忘怀。但是，卓奇、特克斯特（Textor，1638—1701）……而最重要的是瓦特尔，他们力求用得之现代的事例来解释自已的原则……。应该依赖的正是条约及其他公法文书，而象莱布尼兹这些人，开始发表他们的汇编，踏上了通向这一研究的真正的道路。”。他提出要建立真正的实在国际法，在每个特定案件中，人们只应该考查有关两国间的特殊关系。他十分重视国际习惯。他认为欧洲大国间的条约和惯例有一种“传染性”的效果，证明此类效果的是，欧洲国家实践中一般采用的条约之条款和语言都有类似之处。在此基础上，他断言借助于“概括”的办法，即可创造一种普遍的欧洲实在国际法，而自从中世纪、特别是威斯特发里亚和约以来，这种国际法即已形成。

赫夫脱

在基础理论的建树上十九世纪不及以前，但在国际法知识的编排和系统化方面却是炉火纯青的。推动这一发展的契机主要是有系统的专著。这类著作物之最有成就的，当首推柏林的一位教授赫夫脱（A.W.Heffter,1796—1880）的教科书《现代欧洲国际法》。此书重版达十二次（法文版四次），并被译成欧洲文字多种。它驳斥自然法不遗余力，堪称十九世纪“实在法学派”之范本。其论证是纯法学的。

他认为“国际法，jus gentium，在其最古老和最广泛的含义上，作为罗马法理学所建立起来的一门学科，是一种以各国的普遍习惯和默示同意为基础的法律。此法不仅用以规范国家间的，而且用以规范个人间的相互关系，只要这种关

系涉及它(他)们间有关的权利义务。此法在一切地方均具有同样的性质和同样的效果，而其起因及其特殊形式并非得自任何特定国家之实在法制度。他把国际法分成了两个部门：一、普遍的人权；二、国家本身间所存在的直接关系。他还说："在现代世界上，后一部门已广泛地被称为国际法。更恰当地说，它应称为对外公法，以区别于特定国家的内部公法。"这就是说，赫夫脱对大多数近代作家所引进并被一般采用的国际法一词不予承认。照他的说法，此词未能充分表达罗马法学家所用jus gentium的含意。他认为jus gentium是人类共同之法，谁也不能拒不承认，所有的人和所有的国家均得主张其保护。他将此法之基础置于一项无可争议的原则上，即哪里有社会，哪里就得有拘束其全体成员之法。他从而得出结论，巨大的国际社会同样也得有一种类似之法。衡诸史实，此说欠妥。首先历史上从来不存在什么"人类共同法"，在前《所谓"西方中心论"》一节中对此已有所论述，史鉴斑斑，无需词费。其次，所谓"对外公法"，则倒退到国际无政府状态，各自为政，令出多门，国际社会成为乌合之众，就谈不上国家间有什么法或法则了。这无疑是取消这个法律部门的论点。此外，"国际法"一词自维多利亚及卓奇相继提出、并经边沁以语言学上的一项创新所确立以来，早已深入人心，举世公认，是无可动摇的了。

但赫夫脱在实在法规范的论述中，法律意识是很强的。例如，他不采用早期"征服"这个混乱的概念，突出了领土之真正获得与军事占领的区别，从而为占领者对占领区之权力求得了一个更人道和更公平合理的规范。

亨利·惠顿

美国亨利·惠顿(Henry Wheaton, 1785—1848)早年在美国和欧洲完成学业后，即在美国执律师业并从事教学，1827—1846年在欧洲担任美国外交官。其代表作为《国际法精义》，并附有《国际法史纲要》。英国和美国资料被第一次大规模地纳入国际法之系统的研究中，并着重于外交行为、案例及其他历史事件。他的作品经常为美国法院和国家文件所引用。英美版本不下十五种，并有法（两种）、意、西和中文（1864）译本。该书附录第19页说：“中国政府曾接受惠顿著作用作官员们的教本。1864年在王室资助下翻译成中文。翻译工作由美国牧师丁韪良(W.A.P Martin）主持，总理衙门的恭亲王曾指定一个中国学者的委员会协助他。这件事是由美国公使蒲安臣（Burlingame）建议的，译作也是题献给他的”。据史载奕䜣曾酬丁韪良以五百块银元，中译本曾分发各大口岸官员备用。这个版本曾在日本翻印，附有东西半球的地图，但由于不同的印版与铅字，有时缺脱标题页或日期，因而不同于中文的其他版本。日文译本是第二年(1865)在京都出版的，附有日文的标音符号。此著后列为国际法经典著作之一。1845年惠顿将国际法史部分另立专册，以年会论文的形式交给费城(Philadelpia)历史学会，成为历史学界的美谈。

该著1836年的版本里，他的国际法定义是“规定或应该规定国家间平时或战时相互关系的规范和原则。”但在1845和1848年的版本里，他更注意法院判例所提供的原则，他说：“构成国际法的大多数规范，都来自国际法学者和国际法院的公正判断所认可的文明国家在各种实践中的先例。这种先例数

量众多，意义巨大……”这样他就把国际法的渊源作了进一步的扩充。它们是（见该书§15）：

1）权威作家的意见；

2）确立、修改或订正早先国际法之条约；

3）特定国家所发布之规范（特别是捕获法）；

4）国际法院，如仲裁法院或捕获法院（当时显然还不是严格意义下的国际法院）的判决；

5）司法机关由其所属机构向政府提交之书面意见；

6）涉及国际公共关系之战事、谈判、和约或其他条约的历史。

然而，在上述渊源中，惠顿对国际习惯只字未提，这与他在第三版序言中将近代国际法的“起因”定为寺院法与罗马法是一脉相承的。这种从“法”到“法”的“起因说”是过于抽象和不着边际了。而排斥国际习惯于国际法渊源之外，则为美中不足之处。

斐利莫尔

在十九世纪英国专著中，罗伯特·斐利莫尔爵士（Sir Robert Phillimore,1810—1885）的《国际法评论》，也是脍炙人口的名篇。此著也反映了国际法进步发展所经历的曲折轨迹。关于国际法的渊源，斐利莫尔归纳为四类：

（一）神法。即上帝在所有有道德的和社会性的动物身上所灌注的“永恒正义”原则。它有两个部门：（1）作为集合体的国家；（2）作为国际机构的政府。

（二）上帝意旨之启示。其作用是推行并扩展“自然正义”诸原则。

（三）理性。由它支配着这些原则对特定案件之适用，它本身则由经常参考类似案例、罗马法文本以及注释家们的作品而得到引导与保证。

（四）各国的共同意志。这表现在两个方面：（1）实在法的契约或条约；（2）惯例、习惯与实践——其证明是多种多样的：历史先例的记载、条约中的体现与记录、各国的公共文书、各国的海事法令以及杰出的国际法理学作家们的著作。

上述四项渊源中，斐利莫尔提到了条约、习惯、案例及作家著作等。至于所谓“永恒正义”或“自然正义”诸原则，也许可以类比于现代国际法渊源中的“一般法律原则”。这些都是斐利莫尔学说中的精华。

斐利莫尔史称国际法的民族思想派。但这个称号之取得并不在于斐利莫尔对英国材料的经常引用，事实上他也写到欧美大陆许许多多国家的实践。称号的来历主要在于斐利莫尔坚决维护英国利益的立场。例如他曾以七页之多的篇幅，对中国失败了的查禁英国鸦片的赔款问题展开论证，旁征博引，从《法学汇编》、格劳秀斯一直到瓦特尔，引证不下十七家言，得出的结论是，由于政府焚烟而烟价惨跌，中国的赔款仍应按鸦片的生产成本作价，并宣称这种核价方式是国际法所确认的。衡诸法理，此言差矣。在英国自印度往中国运销鸦片这种贩毒活动中，其进口不但触犯中国刑章典制，由于是贩毒，也对中国人民的身心造成极大的危害。此种毒物即不能属于一般正常的商品的规畴。罗马法也好、格劳秀斯也好，瓦特尔也好，凡涉及“买卖”、“延期偿付”、“担保人”的条规或理论，对鸦片这种毒物一概适用不上。严格地说，

中国政府不但有权无偿没收和自由处分鸦片这种违禁品，不但有权对进行非法交易的英商依法治罪（此项条款可见于1844年7月3日中美望厦条约第33款），中国甚至可以要求英方赔偿非法贸易对中国所造成之损害。此外，鸦片固有所谓“生产成本”，但英国自印度运来的鸦片，纯属取之于对印度劳动人民的压迫与剥削，成千上万的印度人毁其良田、弃其桑麻，被剥夺生产生活资料的权利，专事这种为英国提供不义之财的劳役。试问此项“生产成本”将如何计算？其所得除为英帝国主义搜刮一空外，连印度人民的血汗也吃干吸净。因此，英国这种摧残中国人民身心、剥削印度人民膏脂的贩毒行径，于法于理都是提不出赔偿主张的。在这个问题上，可以看出所谓“英国民族思想派”的褊狭之处了。

斐利莫尔倡言国家的独立权有六个方面，其中第五点是所谓“获得权”，即获得领土所有权或其他各种权利，包括原始获得或转受获得在内。此说显然是在为帝国主义的侵略扩张提供法律依据。但他又说，自保权优先于并高出于领土的不可侵犯性，一旦两者发生冲突，维护自保权而牺牲后一权利是理所当然、无可非议的。遇到此类情况，国际法允许越过边境，用保证自身安全的必要措施，摧毁对方的工事，驱散入侵者，可视情况所需公平实施之。他举例说，1826年英国曾出兵支持葡萄牙抗击西班牙境内之暴徒。此说悖于现代国际法有关规范，是不可取的。

霍　尔

霍尔(William Edward Hall, 1835—1894)于1861执行律师业务，1880年发表《国际法》一书，开创这门科学文献著作的一个新纪元。五十年间此书重版达八次之

多。他肯定习惯和条约是国际法的唯一源泉，但由于时代的限制，在论点和选材上不无偏颇之处。例如，置身19世纪末叶，他无法预见到“造法条约”的产生，因而对“造法条约”持怀疑态度。他说：“包括那些被认为宣布法律原则的条约在内的条约，可以分为三类：

“第一类：那些宣布缔约国所理解的法律的条约。”

这里所指的就是“造法条约”。接着他评议说：

“第一类条约从建立国际法先例方面来说是极为少见的。……那些据称具有法律宣示性的条约，大多数都是两次武装中立公约和1794年丹麦和瑞典共同保卫商业自由公约的性质，后者可能是肯定第一次武装中立的原则并宣布它们是普遍法律的。在这种情况下，可以断言，拘束力的份量与条约条款是不相符的，它们的目的仅在于为了缔约国的共同利益而将新的准则强加于第三国。”

霍尔的这些意见，根据狭隘的历史经验，断然否认了“一战”特别是“二战”后大量“造法条约”涌现的前景，是缺乏远见的。又例如他对“和平解决国际争端”心存怀疑，在共计667页的鸿篇钜制中，这个重要问题只占了15页的篇幅，而“仲裁”只占 3 页不到。霍氏未能预见到1907年“关于和平解决争端”海牙公约第 2 — 8 条所规定的“斡旋”与“调停”，而这仅仅是27年以后的事。他引用一个最重要的仲裁案例——“阿拉巴马号案”后下结论说：“在程序与法律争端方面很少考虑到扩大对仲裁结果的信任范围。”这说明霍尔本人对仲裁的疑虑态度。然而此书作为一本耐读的和生气勃勃的书，在过去和现在都是十分杰出的。

霍尔的国际法定义〔出处：A Treatise on Interna-

tional Law (1880) 《论国际法》〕如下：

> "国际法系由现代文明国家认为在它们彼此关系中对它们具有拘束力之某些行为规范所组成，这些规范具有性质和程度上类似于拘束谨慎的人服从其本国法的一种力量，并且一旦出现违法情况，它们也认为这些规范可以用适当的方式强制推行。"

这个定义除明确了"共同意志"为国际法的基础外，还强调了它的强制性。霍尔提出的"现代文明国家"则显然指基督教国家，资产阶级学者类皆承认国际法之基督教的渊源，这原是个历史观点的问题，但联系到现实政治生活，这种提法就暴露了殖民主义的意识，而这个观点在资产阶级学者中则是一种流行的偏见。这也见于布莱尔利（Brierly, 1881—1955)在所著《万国法——平时国际法导论》中给国际法所下的定义："对文明国家彼此关系具有拘束力的规范和原则的总体"，即为一例。此外，霍尔将国际法的拘束力比拟于国内法，这就引起了更多的争论，反对论者的代表可举约翰•奥斯汀（J. Austin, 1790—1859）为例。

奥斯汀的分析法学派

英国法学家奥斯汀1812年以前从军，后攻读法律，1818年执行律师业务。1826年受任为新成立的伦敦大学法理学教授，1835年辞职。1836年为马尔他政府与行政调查委员会成员。1832年出版《法理学的既定范围》以下简称《范围》)一书。亨利•梅因爵士（Sir Henry Maine, 1822—88）曾盛赞奥斯汀对法律用语的意义与用法的研究。1861年由其遗孀发表《范围》及《法理学讲义》的新版本。此二书其后对英国法理学起了巨大影响。奥斯汀

受其至友边沁的影响甚大。他的作品的重要性在于，严格限制了法律的范围，将它与道德区别开，把法律概念规定为命令，并对普遍的法律用语如权利、义务、自由、伤害、惩罚、物权、人权等的含义进行细致的研究，他是英国分析法学派的奠基人。他的观点集中表现在他的国际法定义里。

奥斯汀的定义（出处：Lectures of Jurisprudence, Ⅱ，—《法理学讲义》第二卷）

> 国际法意味着一种“自然法”：即对全体人类均有强制力、但需要政治批准的一种法。没有此项批准即不存在法，果真如此，那么国际交往之公认的准则都不是法，而是伦理标准。然而，各国均可通过它自己的国际法，由其法院强制执行这种法，或（至少）由其武装部队对别国强使接受这种法。然而考虑到此项批准，它却不是国际法，而是国内法或民法。

这个彻底否定国际法的定义，要害所在，是它把国内法的标准强加于国际法，所谓“政治批准”，指的是驾凌国家之上的“主权”之行使，犹如国家主权之对国民一样。然而这与国际法的本质特点——即它是国家之间的法而不是国家之上的法——却截然相反。奥斯汀据此宣布：“国际法既不是国际的也不是法”，质言之，无最高权力机构强制执行之法不能称之为法。但从社会发展来看，原始的法来自约定俗成的习惯，当时既无专门的执法机关，亦无写成条条的法律，但却维持了社会的稳定与安宁，其作用与法一般无二。而就基于主权国家“共同意志”的国际法来看，即使“自助”行为已被排斥，但“次于战争的手段”及“武力制裁”之国际使用，也是一种执法行为。仅以条约效力之维护来说，根据

第二次世界大战后“纽仑堡国际军事法庭”（其“规约”经联大于1946年12月11日以决议予以确认）的实践，对战犯罪行之判处，即系根据遭他们蹂躏破坏之历年来的条约（据英国统计此种条约数达67件），足见划了押、签了字的条约，决不是穷兵黩武的暴力可以一笔勾销的。

对国际法的质疑——“分析法学派”

国际法究竟算不算法(Jus,Lex)？奥斯汀认为国际法既不是国际的，也不是法。他在所著《范围》第1卷开门见山地说：

“实体法或者所谓实体法，都是命令；不是命令的法律就是非实体法或者是所谓非实体法。”

接着他宣布了“实体法”的诸要素以及它们所引起的后果。

简言之，实体法是一种命令。而命令包括（1）一个明确的颁布者，（2）颁布者一方意愿之直接的表白，（3）对表达的意愿之抗拒将施以明确的制裁。

照此看来，如果国家是独立的，国家间行为的准则就不属于实体法范畴之内，因为此项行为准则，既缺乏明确的颁布者，又缺乏明确的制裁。

奥斯汀还在一个旁注里写道：

“国际法假设一种自然法，即一种对所有人类具有拘束力但却缺乏政治制裁的法律。如果没有制裁即不成其为法律，那么国际交往之行为准则就不是法律，而只是伦理学；然而每个国家都可以适用它自己的国际法，由它的法庭强制实施这种法，或者用它的军事力量对付另外的国家。然而这却不是国际的、而是国内的或民事的法，这是就制裁而言。因为

就主体和（如果讲信用的话）客体而言，它也还是可称为国际的。如果同一体系之国际法被各国所采用并忠实地推行，这一体系当然可以满足法律之目的，但是，由于缺乏一个共同的上级，这个称呼也就不切贴了。如果所有国家共同信赖之法院执行一种共同体系的国际法，这一体系，尽管效力卓著，由于同样的理由，也只是一种道德体系。任何国家支持这种法庭之同意，以及对其判决之服从，均可在任何时候予以撤回而无违法的危险。”

奥斯汀的上述理论，不但在学术界反响很大，在实际政治领域中也起过作用。例如在英国上院主张成立国际仲裁法院时，萨尔兹伯里侯爵（Salisbury，1830—1903）回答说：

“我认为，尊敬的议员们，在这件事上我们是由于轻率使用‘国际法’一词而误入歧途了。‘国际法’根本不具有对这个词通常理解的那种含义。……它不能由任何法庭强制执行，因此对它适用‘法’的称号乃是一种误会。”（1887年，7月26日泰晤士报）

1947年苏联科学院法律研究所编写的《国际法手册》第1章第3节《国际法中的强制》，引用了列宁的话：“没有强制的法律等于零”①后，说：“因此要讲国际法是法，首先应阐明国际法中存在着基于强制的保证问题。在国际法中没有拥有强制垄断权的中央政府。但是各国保护自己在国际范围内的权利，并单独或集体地强制别国遵守国际法的既定规范。既然这种强制是存在的，而且它是毫无疑问地存在

① 《列宁全集》，卷21，438页。

的——那就可以断言国际法是法。”接着在同章第4节《国际法的定义》中说，“国际法……是由各国单独或集体地实施之强制所保证的。”

然而此说毕竟夸大了国际法的强制功能。国际法强制力的疲软、虚弱以及它与政治考虑之错综交织，也是一个现实的、客观的现象。其实奥斯汀的提法在两个方面是难以自圆其说的，分述如下：

1．违背了法律发展的实质

梅因（Maine，1822—1888）在《东方和西方的农村公社》一书中写道：

“无须在语言上用渲染手法，象‘命令’、‘主权者’、‘义务’、‘制裁’、‘权利’这些字眼，对印度农村公社实行了若干世纪的习惯法是用不上的，事实上它们对有民法拘束力的其他‘法律’一无所知。要说有一个对村民们规定一种特别行为准则的政治上的上级，也同样不恰当。农村长老会议也不命令什么，它不过宣布一般情况，它并不宣布承认曾经下过命令的什么更高的权力；那些在这个问题上最有权发言的人，否认印度本地人需要神明的或政治的权威作为他们习惯的基础；这些古老的习惯本身就是应该服从的充分理由。并不象分析派法学家所说的那样，在印度农村公社中存在着权利或义务；一个受侵犯的人并非诉怨个人遭受的委屈，而是诉怨小小的整个社会的秩序受到破坏。特别重要的是，习惯法并非用制裁来推行的。对待不服村社会议的裁判的案件，唯一的惩罚，或者说唯一可靠的惩罚，看来是全村一致的非难指责。”

这就说明服从先于命令，而执行者先于立法者。以上是

古代社会的情况，从现代国际习惯法来看，情况也大致相同。因此，奥斯汀的理论在习惯法上碰了壁。

2. 忽视了历史发展的观点

从粗疏到精确，从简略到完备，从初级到高级是万事万物发展的一般规律，特别是国际法的发展尤其体现了这个规律。奥斯汀夸大国际法强制力之不足，是对历史发展的短见。在1898和1907两次海牙和会上制定的战争法原则、条规等等，在纽仑堡军事法庭上，都对主要战犯罪责之清算起了实体法的作用。足见国际法的强制力是存在的，只是在一定的历史条件下，它表现为潜在的，并不那么显眼罢了。这也可以说是一个“现在是”和“应该是”的问题，而前者总是会向后者转化的。奥斯汀断然否认国际法是法的结论是难以成立的。

3. 奥斯汀给主权者下的定义是：“自一个特定社会的群众接受习惯性的服从的、决定一切的至尊者。”奥斯汀的这个定义，远远离开了现代一般国家的实际，仅能适用于两种类型的国家：一类是有着全能的立法机构的国家，绝无仅有的例证是英国；一类是有着全能的国王的国家，沙皇俄国即为例证。在所有其他立宪的国家，立法机构都受到宪法的限制，没有哪个主权者符合奥斯汀的定义。在所有伊斯兰教国家，国王在法律上和实践上都要受“圣法”的限制。奥斯汀也深感他的理论适用于暴政的困难，只好说它仅仅适用于稳定的国家，这也就自己承认自己理论的缺陷了。

为便于了解现代国际法学说发展的概貌，我们不拟再介绍作家的学说，而以“国际法定义”为纲要，对各家的见解作一扼要的说明：

奥　本　海

奥本海（Oppenheim，1858—1919）在德国出生、受教育并讲授法律，1895年在伦敦定居并归化，致力于国际法研究。1908年继威斯特拉克之后任剑桥大学惠威尔（Whewell）国际法讲座教授。他的主要作品是《国际法》两卷集，一再重版，先后由洛克思堡、麦克耐尔及劳特派契特增订，至今为资本主义国家权威著作。他是实在法学派大师，将国际法奠基于习惯、国际决定和准立法之上，他也是国际联盟的鼓吹者之一。

奥本海的国际法定义（出处：《奥本海国际法》，第一卷第一分册）

“万国法或国际法一词，是指文明国家认为在它们彼此交往上有法律拘束力的习惯和协定规则的总体。”

这个定义一般认为是本世纪初国际法的经典定义。其特点是法的观念较强，但将国际法的主体仅限于所谓“文明国家”，则是显而易见的缺陷。

维　辛　斯　基

维辛斯基（Вышинский，1883—1954）于1939年到1941年曾任苏联科学院法学研究所所长，1946年直到逝世任苏联外交部副部长及部长等职。1948年11月28日在联大发言说：“法律是政治的工具，政策在许多情况下利用法律、法律制度和规范的帮助，把法律当工具使用。”在他的体系里，国际法并不是一种客观存在。他把国际法与外交学混为一谈。他的国际法定义如下：

“国际法是调整国家间的关系，表达这些国家统治阶级的意志，并由各国独自地或集体地强制实施的各种

规范之总合”。

这个定义强调了国际法的阶级性和强制性，问题在于它的主导思想是当年苏联的“两个阵营”这个概念。“两个阵营”——即“资本主义阵营”和“社会主义阵营”——的概念见于1923年苏联宪法，意思是否认国际社会的统一存在，肯定两个“阵营”间的绝对斗争性，因此就出现“两种法律”即“两种国际法”分庭抗礼的现象，1951年的版本甚至谴责1947年的版本缩小了马、恩、列、斯对国际法的贡献，大量增加斯大林著作的引文。“两个阵营”的概念在1936年宪法中虽已取消，但它的影响一直存在着，直到第二次大战结束以后。

现在看看同时期西方的定义吧。

社会科学百科全书的定义

《社会科学百科全书》（1948年版）〔Encyclopedia social science，1948〕

“国际法是各国在它们的国际交往中采纳和适用的一个有拘束力的总体。其规范一部分依靠各国的同意，一部分依靠普遍认可的实践，这种同意，就拒绝附和的特定国家来说，或者是推定的，或者是无形的。国际法在经时间和经验而取得普遍承认及国际法院之适用后，即为一种客观法。”

这个定义的特点是强调了国际法的客观存在，及其以条约与习惯为渊源。但“推定说”似有法律观念混乱之嫌。

现再介绍七十年代美、英、苏三国的定义如下：

美国百科全书的定义

《美国百科全书》1977年版的定义〔Encyclopedia Americana, 1977, vo 1, 15, p. 301〕

“国际法一词通常解释为独立国家普遍同意为有拘束力的规范、原则和标准之总体。本定义设想国际法的渊源是被拘束者之同意，而其批准基本上是守信用的。强制制裁之缺乏使许多著作家认为国际法是道德性强似法律性。”

这个定义，联系到美国际法学界对“世界政府”之鼓吹来看，是颇有弦外之音的。

英国百科全书的定义

《英国百科全书》1977版〔Encyclopedia Britannica, 1977, vol. 9〕的定义

“国际法是主权国家及其它被赋与国际人格之实体（其身份系经国际社会所承认）间所适用之法律规范的整体。”

将国际法之主体扩及于主权国家以外之“法人”（国际组织），堪称本定义之特色，这个定义关于国际法主体的提法是较全面的。

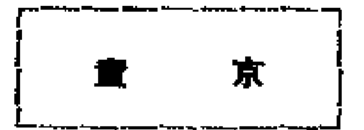
苏联大百科全书的定义

《苏联大百科全书》的定义（Большая Советская энциклопедия, T, 15, C, 597, 1974г.）

“国际公法是规范国家间关系的法律原则和准则之总体。象各种法律一样，国际法是一种历史现象，它同国家之兴起一起开始形成。国家的存在和发展之客观条件，使它们间有必要建立政治、

经济及其他关系和联系，这种关系和联系逐渐取得了或多或少的规律性，以致要求它们具有法的调节作用。在此基础上形成了法律规范和准则，此后即得到国际法这个名称”。

这个定义的特点，是运用了历史学的方法，从国际法的形成来阐述它的法律效力。《苏联大百科全书》是苏联的官方出版物，代表苏联官方的观点，引人注目的是，“统治阶级的意志”这句话已不再提及了。



格列高里·童京（Григорий Тункин），是莫斯科大学法律系国际法教授。童京是1956年以后苏联国际法“泰斗”，他是俄罗斯“荣誉科学家”，海牙国际法科学院和国际法研究所董事、联合国国际法委员会主席（1961）、苏联国际法学会会长和苏联外交部顾问。

他于1935年发表《国际法大纲》，承认存在着支配一切国家而不问其社会制度的普遍国际法。国际法既然是一种客观的规范体制，它就不可能同时屈从于政府的权宜的目的。

1956年发表《和平共处与国际法》，1962年发表《国际法原理》，1970年出版修订本。此书主题为“和平共处国际法”。书里说“自十月革命以来，国际法所发生的变化，使人有理由提出一种新的现代国际法，可简称为‘和平共处国际法’（p.252）；“现代国际法是和平共处的法”（p.279），“现代一般国际法的目的在于保证所有国家和平共处，首先是两个敌对社会制度的国家”（p.281），象这种标榜“和平共处”的提法，在书中重复不下60次之多，这就是这部长达497页的鸿篇巨著的主题。

事实上“和平共处”是列宁《和平法令》中宣布的苏联外交政策。作为国际法准则的“和平共处”，是周总理于1954年7月1日与尼赫鲁联合公报中宣布，苏联法学家科洛汶（Коровин）教授曾如获至宝地予以宣扬，认为是划时代的成就。

在1956年发表的《和平共处与国际法》中，童京说：“国际法除了是约束各国的一些原则和规范外，象所有法律一样，它是一种政策工具，并且社会主义国家和资本主义国家在执行它们的外交政策时在某种程度都照样援用。那些经普遍承认的、本质上是民主的原则和规范，只能在这些规范所确定的范围内被用作政策的工具”。这些话确认了国际法规范的客观性以及它作为“政策工具”的限制。1962年，童京在所著《国际法原理诸问题》中说：“苏联法学家在探讨当代国际法的迫切问题以及克服维辛斯基的错误的、教条主义的概念（特别是在国际法的本质、国际法的强制作用、国际法和外交政策的关系、国家主权的定义等等）方面，完成了卓有成效的工作。他们做了大量的工作来肃清教条主义和引证狂、法律虚无主义和个人崇拜时期所特有的矫情虚饰，尽管这一切的残余还经常表现出来，并妨碍着国际法科学的发展。”到1970年他的这一本被西方称为是“苏联法学家所写的国际法理论之最深刻和最全面的作品”，也是“苏联（或者说沙皇时代）的国际法学家之被译成习惯法主要语言的第一部主要著作”——《国际法原理》出版后，于1974年由哈佛大学出版社出版英译本。

童京的国际法定义（出处：《国际法原理》英译本第251页）：

“现代普遍国际法可解释为不同社会制度国家间经协议建立之规范的整体，反映各国的协调意志并具有一种普遍的民主性，规范他们在斗争与合作过程中的关系，其方向是保证和平、和平共处和各族人民之自由与独立，遇必要时，将由各国单独地或集体地实行强制以保证之。”

至于我国学者对国际法所下的定义谨介绍一例如下：

周鲠生教授的定义

周鲠生教授的定义〔出处：《国际法》，上册，1976，商务版〕

“国际法是在国际交往过程中形成出来的，各国公认的，表现这些国家统治阶级之意志，在国际关系中具有法律拘束力的行为规范，包括原则、规则和制度的总体。”

但在原著第八页上，作者对“统治阶级之意志”似又作了解释，即“只能说代表各国间协调的意见”，这个解释是接近实际情况的。至于定义中说“包括原则、规则和制度的总体”，应该指出，原著是彻底否认“国际法的一般原则”具有国际法“渊源”的资格的（原著，p.37），此处所谓“原则”如非别有所指，作为“定义”来说，则犯了“二律背反”的毛病；但“原则”似亦别无他解，这个定义也就费解了。

结束言（于传统国际法定义）

据古巴著名法学家、常设国际法院法官(1922—1939)、《国际私法典》(1928)编纂人布斯塔曼特(Bustamante，1865—1951)统计，古往今来，有特色的国际法的定义不下百余个。

一个法律体系的原则和规范总要见诸文字的规定，这就

要求对它的用语和概念下定义，以便人民和执法者有所遵循。这个程序是容易理解的。在诉讼过程里也会出现一些有争议的定义。西塞罗（Cicero，106—43 B.C.），曾多次引用一个"航海法"的例子。法律规定"那些在风暴中离船的人将失去一切，船只以及船货将属于那些留在船上的人。"但是在一次船难中，有些人登上了划艇，却从划艇上用缆索把船拼命拖向港口，而那些留在船上的人，仅仅是因为吓得发昏或者懒得逃命，他们一动也不动地留在船上，也不想用任何办法来救船。是否应该根据上述法律把所有的东西都判予后面这种人，而损害前面那种人的利益呢？西塞罗说，这是一个定义问题，要了结这个案子，先得给"离船""留船"这些词组和"船"这个词语下定义。

尽管定义在一切科学和智能成就中受到珍视，但可以说"定义的精确定义"却没有人下过。现在仅提出定义必须具备的形式上的要素：（一）单纯。这就是伟大列宁提出的一切真理都是简单的这个命题的概述；（二）精确。这就是唯物主义反映论的体现；（三）细致。这就是分析矛盾的各个侧面、差别和同一性；（四）深刻。这就是透过表象和假象，尽可能深入到事物的本质。而贯穿于这四个要素之间的，还有一条，就是定律必须首尾一贯，而不能自相矛盾。这是逻辑上"同一律"的要求。

本编大量介绍国际法"定义"的沿革，加上对"定义"一般要素的揭示，意在说明国际法学说的具体表述及其演变进程。现提出传统国际法定义的完整性必须满足的几个条件：

（1）国际法的"主体"必须完整；

（2）国际法的“实质”必须清楚；

（3）国际法的阶级属性应有科学的交代；

（4）国际法的“拘束力”应有辩证的说明。

本书是以国际法“定义”的发展作为传统学说史的贯串线索的。特提出“定义”这个问题，作为本书的结束，也期望借以引起读者对传统国际法学史更进一步探索的兴趣。